Gefälligkeitsverträge

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

ERNST BALZEREIT
Gerichtsreferendar aus Tilsit.

MARBURG
1929

Verlagsdruckerei Hans Plasnick, Großenhain i. Sa.

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 16. Mai 1929.

Berichterstatter: Geheimrat Professor Dr. Leonhard, Marburg.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

und

meinem Onkel Leo G. Balzereit †.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555603_0030

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Einleitung. Überblick über die bisherige wissenschaftliche Behandlung der „Gefälligkeitsverträge".

1. Abschnitt.

§ 2. Die „Gefälligkeitsverträge" im Sinne v. Blumes.

2. Abschnitt.

§ 3. Die Gefälligkeiten nicht-rechtlicher Natur.

1. Die verschiedenen Ansichten über die Abgrenzung der Gefälligkeiten nicht-rechtlicher Natur von den wirklich verpflichtenden „Gefälligkeitsverträgen":
   a) Stellung des Reichsgerichts und Ansicht Kuhlenbecks,
   b) richtige Meinung.
2. Die Haftung des Gefälligen.

3. Abschnitt.

Die unentgeltlichen „Gefälligkeitsverträge".

§ 4. I. Teil: Allgemeine Erörterungen über die rechtliche Behandlung der unentgeltlichen „Gefälligkeitsverträge".

1. Ansicht v. Blumes,
2. Ansicht Krückmanns,
3. richtige Meinung.

§ 5. II. Teil: Das Vertragsverhältnis zwischen dem Gefälligen und dem Gefälligkeitsempfänger im einzelnen.

1. Die verschiedenen Gefälligkeitsleistungen:
   a) durch dauernde Überlassung von Sachen,
   b) durch zeitweilige Überlassung von Sachen,
   c) durch Leistung von Diensten.
2. Das Kündigungs- bezw. Widerrufsrecht der Gefälligen.
3. Die Haftung des Gefälligen.

§ 6. Schluß. Rückblick.

Schrifttum.

Behrend, Haftung für Gefälligkeitshandlungen. Recht 1919, S. 291.
Biermann, Bürgerliches Recht. I. Bd. 1908.
Biermann, BGB, Sachenrecht, 3. Aufl. 1914.
v. Blume, Vertragshaftung und Deliktshaftung. Tiergefahr und Vertragsgefahr. Recht 1905, S. 481 ff.
v. Blume, Das Reichsgericht und die Gefälligkeitsverträge. Recht 1908, S. 649 ff.
Cohn, Die Widerruflichkeit des Jagderlaubnisscheins. Recht 1909, S. 706 ff.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. I. Bd., 7. Aufl. 1922.
Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 1902.
Danz, Laienverstand und Rechtsprechung. Jher. J. 38, S. 373 ff.
Danz, Zum vertragsmäßigen Ausschluß der Haftung. DJZ. 1905, S. 383 ff.
Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. I. Bd. 1902.
Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. I. Bd., 1. u. 2. Aufl. 1903.
Eckstein, Das Schenkungsversprechen, seine Erfüllung und sein Verhältnis zur „Realschenkung". Ziv. A. 107, S. 384 ff.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd., 9. Aufl. 1903.
Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd., 1. Abt., 30.—34. Aufl. 1928. I. Bd., 2. Abt., 28.—30. Aufl. 1928.
Flad, Handeln auf eigene Gefahr. Recht 1919, S. 13 ff.
Geigel, Schadensersatzansprüche aus Gefälligkeiten. Bl. f. R. 77, S. 37 ff.
Hansen, Die Gefälligkeitsverträge nach bürgerlichem Recht. Diss., Marburg 1923.
Haymann, Zur Grenzziehung zwischen Schenkung und entgeltlichem Geschäft. Jher. J. 56, S. 86 ff.
Hellwig, Über die Grenzen der Vertragsmöglichkeit. Ziv. A. 86, S. 223 ff.
Hempfing, Die Gefälligkeitsverträge im BGB. Diss., Marburg 1923.
Hildebrandt, Die Annahme eines Vertragsantrags. Diss., Jena 1907.
Hinrichs, Ist das Verhältnis zwischen dem Gefälligen und dem Empfänger einer Gefälligkeit im täglichen Leben von rechtlicher Bedeutung? Diss., Göttingen 1923.
Hölder, Besprechung: Randa, Der Besitz nach österreichischem Recht etc. Kr. V. J. Sch. 38, S. 396 ff.
Hoeniger, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. 1910.
v. Jhering, Der Besitzwille. 1889.
Josef, Zur Haftung des Kraftfahrzeughalters bei Gefälligkeitsfahrten. JW. 1928, S. 2313.
Jung, Der Ausschluß der Tierhalterhaftung in Vertragsverhältnissen. Ziv. A. 117, S. 46 ff.
Jung, Erörterungen zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuch und zu den Zivilgesetzentwürfen Ungarns und Bulgariens. Jher. J. 69, S. 30 ff.
Klein, Zur Lehre von der „Anzeigepflicht im Schuldrecht". Bl. f. R. 74, S. 24 ff.
Köhler, Die sog. stillschweigende Willenserklärung nach dem Rechte des BGB. Diss., Jena 1903.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1906, II. Bd. 1906.
Kohler, Zwölf Studien zum BGB. IV.: Vertrag und Übergabe. Bürg. A. 18, S. 1 ff.
Krückmann, Gefälligkeitsverträge. Bl. f. R. 74, S. 113 ff., S. 153 ff.
Krückmann, Verschuldensabrechnung u. Gefährdungsaufrechnung. Jher. J. 52, S. 428 ff.
Krückmann, Der Umfang der Gefährdungsaufrechnung. Jher. J. 54, S. 107 ff.
Krückmann, Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung und Deliktsfähigkeit. Jher. J. 55, S. 1 ff.
Kuhlenbeck, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts. Der Leihvertrag (Kommodat). Das Prekarium (Leihe auf beliebigen Widerruf. Bittleihe). JW. 1904, S. 226 ff.

Kuhlenbeck, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts. Der Auftrag. JW. 1908, S. 701 ff.
Last, Fragen der Besitzlehre. Jher. J. 62, S. 1 ff., 63, S. 71 ff.
Lenel, Die auf Geschäftsbesorgung gerichteten entgeltlichen Verträge. Jher. J. 44, S. 31 ff.
Leonhard, Fr., Auslegung und Auslegungsnormen. Rektoratsrede 1917.
Leonhard, Fr., Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Ziv. A. 120, S. 14 ff.
Leonhard, Fr., Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. 2. Aufl. 1926.
Leonhard, Fr., Vertretung beim Fahrniserwerb. 1899.
Leonhard, R., Das Recht des BGB. Der Allgemeine Teil des BGB. 1900.
Lucas, Über die Rechtsnatur der Gefälligkeitsverträge. Diss., Königsberg 1920.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. 1907.
Manigk, Irrtum und Auslegung, zwei Grundpfeiler der Lehre von der Willenserklärung. 1918.
v. Meerscheidt-Hüllessem, Gemischte Verträge und Verträge eigener Art. DJZ. 1910, S. 854 ff.
Metzler, Die Wohnungsleihe. Bayr. Z. 1926, S. 100.
Odersky, Die stillschweigende Willenserklärung und der Mißbrauch dieser Rechtsfigur. Diss., Breslau 1925.
Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch. I. Bd., 3. Aufl. 1927, II. Bd., 3. u. 4. Aufl. 1910. Schuldverhältnisse, 1. Abt., 5. Aufl. 1928.
Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914.
Planck, Kommentar zum BGB nebst Einführungsgesetz. II. Bd., 2. Hälfte, 4. Aufl. 1928.
Rathey, Gefälligkeitsverträge und Tierhalterhaftung. Diss., Breslau 1915.
Regelsberger, Über Besitzerwerb durch Mittelspersonen. Jher. J. 44, S. 393 ff.
Reichsgerichtsräte-Kommentar. Das BGB. I. Bd., 6. Aufl. 1928; II. Bd., 6. Aufl. 1928; III. Bd., 6. Aufl. 1928.
Rosenthal, Bürgerliches Gesetzbuch. 11. Aufl. 1927.
Roth, Rechtsverpflichtungen aus der Inanspruchnahme eines Gefälligkeitsaktes. LZ. 1911, Sp. 367 ff.
v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts. I. Bd., 2. Heft: Der Leihvertrag. Der Verwahrungsvertrag und die Gastaufnahme. 1895.
Schneider, Der 65. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. DJZ. 1908, S. 217 ff.
Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse. 1902.
Schwarz, Die Haftpflicht des Stallwirtes für Beschädigung der eingestellten Tiere infolge Mangelhaftigkeit des Stalles. Bl. f. R. 75, S. 62 ff.
Siber, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit. Jher. J. 70, S. 223 ff.
Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. I. Bd. 1926.
v. Staudinger, Kommentar zum BGB und dem Einführungsgesetz. II. Bd., 1. Abt., 9. Aufl. 1928; II. Bd., 2. Abt., 9. Aufl. 1928; II. Bd., 3. Abt., 9. Aufl. 1929; III. Bd., 9. Aufl. 1926.
Strohal, Der Sachbesitz nach dem BGB. Jher. J. 38, S. 1 ff.
Sugg, Gefälligkeitsverträge. Diss., Breslau 1914.
Warneyer, Kommentar zum BGB für das Deutsche Reich. I. Bd. 1923.
Wichers, Gefälligkeitsverträge. Diss., Göttingen 1925.
Zabel, Der Leihvertrag. Diss., Heidelberg 1907.
Zimmermann, Zur Haftung des Kraftfahrzeughalters bei Gefälligkeitsfahrten. JW. 1928, S. 1717.
Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Ziv. A. 99, S. 1 ff.

Gesetzesmaterialien, Entscheidungen, Zeitschriften usw.

Archiv für Bürgerliches Recht. Zit. Bürg. A.

Archiv für die zivilistische Praxis. Zit. Ziv. A.

Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand. Zit. Recht.

Deutsche Juristenzeitung. Zit. DJZ.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Zit. RG.

Gesetz und Recht, Zeitschrift für allgemeine Rechtskunde. Zit. Gesetz und Recht.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Zit. Gruch.

Hanseatische Gerichtszeitung, Beiblatt, Zivilrechtliche Fälle. Zit. HGZ., Beibl.

Jherings Jahrbücher für Dogmatik. Zit. Jher. J.

Juristische Rundschau und Höchstrichterliche Rechtsprechung. Zit. Jur. Rdsch. Rspr.

Juristische Wochenschrift. Zit. JW.

Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Zit. Kr. V. J. Sch.

Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht. Zit. LZ.

Motive zum Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe, II. Bd., Guttentag 1888. Zit. Mot.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB im Auftrage des Reichsjustizamts, bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn. Guttentag, I. u. II. Bd., 1898. Zit. Prot.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Zit. OLG.

Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß. Zit. Sächs. Arch.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Zit. Seuff. Arch.

Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Zit. Bl. f. R.

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Erg.-Bd. Zit. Warn.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. Zit. Bayr. Z.

Einleitung.

§ 1.

Im täglichen Leben kommt es oft vor, daß einer dem andern in irgend einer Weise behilflich ist. Man besorgt einem Freunde einen Brief zum Briefkasten, überläßt einem Mitreisenden in der Bahn sein Kursbuch zur Einsicht, hilft einem andern in den Mantel, nimmt einen Wanderer in seinem Kraftwagen bis zur nächsten Stadt mit, ist einer Dame beim Aussteigen behilflich. Man nennt solche Handlungen im Sprachgebrauch „Gefälligkeiten". Sugg[1]) macht ganz richtig darauf aufmerksam, daß dieser Ausdruck sprachlich ungenau ist. Nicht die Leistung ist eine Gefälligkeit, sondern die Leistung wird aus Gefälligkeit erwiesen. Gefälligkeit ist der Beweggrund für diese Leistung. Der Versuch, die Frage zu klären, ob durch eine Willensübereinstimmung über eine zu erweisende Gefälligkeit ein Vertrag zustandegekommen, wie dieser gegebenenfalls rechtlich zu behandeln ist oder ob diese aus Gefälligkeit erwiesenen Leistungen nur als Gefälligkeitsdienste ohne rechtliche Bedeutung zu bewerten sind, ist erst in jüngster Zeit unternommen worden. Der Grund dafür ist darin zu suchen, daß Klagen aus Gefälligkeiten die Gerichte selten beschäftigten. Oft war der Wert des Streitgegenstandes so gering, daß es sich nicht lohnte, um dieser Kleinigkeit willen einen Prozeß zu beginnen. Wohl noch mehr sprach gegen eine Klage die Abneigung, gegen jemanden gerichtlich vorzugehen, der aus Gefälligkeit und Freundschaft einem etwas Gutes erweisen wollte oder erwiesen hat. Löste der Gefällige sein Versprechen nicht ein, dann gab man sich eben damit zufrieden. Erlitt jemand durch die Gefälligkeit einen Schaden, dann trug er ihn selbst. Denn es widerstrebte dem Gefälligkeitsempfänger, von dem Gefälligen, der ihm in freundlicher Weise entgegengekommen war, Ersatz des erlittenen Schadens zu fordern. Daher erhielt auch die Wissenschaft keinen Anstoß, sich mit diesen Gefälligkeiten näher zu befassen. Erst eine offensichtlich unbillige Entscheidung des Reichsgerichts[2]) gab eine Anregung zur wissenschaftlichen Behandlung der Gefälligkeiten. Ein Fuhrwerksbesitzer nahm aus Gefälligkeit einen Mann auf seinen mit Pferden bespannten Wagen. Die Pferde gingen ohne Verschulden des Gefälligen durch, die Insassen wurden herausgeschleudert. Der Fahrgast wurde verletzt. Er klagte gegen den gefälligen Fuhrwerksbesitzer auf Schadenersatz. Das Reichsgericht verurteilte den Beklagten gemäß dem Klageantrag. Es bejahte also die Haftung,

[1]) a. a. O., S. 1.
[2]) RG. 54, S. 73 ff.

„obwohl", wie v. Blume[3]) damals treffend schrieb, „ihm sicher nicht verborgen geblieben ist, daß damit die Menschenfreundlichkeit geradezu unter Strafe gestellt wurde". Zunächst behandelte die Wissenschaft die Gefälligkeiten nur im Bereiche der Tierhalterhaftung. Die Folge war, daß das Reichsgericht seinen alten Standpunkt in der Frage der Tierhalterhaftung, gegen den von allen Seiten Sturm gelaufen war, aufgab[4]). Es kam zu befriedigenderen Ergebnissen, aber unter Begründungen, denen man schwerlich wird zustimmen können. Schließlich, allerdings sehr spärlich, wandte sich die Wissenschaft auch den anderen Gefälligkeiten des täglichen Lebens zu. Ueber die rechtliche Beurteilung dieser Gefälligkeiten haben sich die verschiedensten Ansichten entwickelt. So wird die Meinung vertreten, es handele sich hierbei nur um sog. gesellschaftliche oder nachbarliche Gefälligkeiten, die „sozusagen unter der Schwelle des juristischen Bewußtseins bleiben"[5]) und daher für das Rechtsleben ohne Bedeutung sind. Andere stehen auf dem Standpunkt, daß ein Vertrag zustandegekommen sei. Innerhalb dieser Gruppe sind wieder die einen der Ansicht, daß auf den Vertrag die Vorschriften des BGB über die unentgeltlichen Verträge (Schenkung, Leihe, unentgeltliche Verwahrung, Auftrag) direkt oder analog anzuwenden sind, die anderen wollen ihn als Vertrag eigener Art behandeln. Endlich behauptet man, es komme lediglich auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles an, ob und wann eine aus Gefälligkeit erwiesene Leistung den Gegenstand eines obligatorischen Vertrages bilden kann oder nicht.

Werden Gefälligkeiten erwiesen, dann spricht man meistens von „Gefälligkeitsverträgen". Durch diese Bezeichnung ist in der Literatur eine große Verwirrung entstanden. Man versteht darunter ganz verschiedene Arten von Gefälligkeiten. Die einen bezeichnen als „Gefälligkeitsverträge" nur unentgeltliche Verträge, andere auch Gefälligkeiten, die außerhalb der Rechtssphäre bleiben; wieder andere rechnen dazu auch aus Gefälligkeit abgeschlossene entgeltliche Verträge; schließlich werden „Gefälligkeitsverträge" Verträge genannt, welche die Widerrechtlichkeit ausschließen. Welche unter den verschiedenen Arten von Gefälligkeiten die größte Berechtigung für die Bezeichnung „Gefälligkeitsvertrag" hat, wird weiter unten untersucht werden.

Aufgabe dieser Arbeit soll es sein, festzustellen, ob und wann Gefälligkeiten als Verträge anzusehen, wie diese gegebenenfalls rechtlich zu beurteilen sind und wo die oft recht flüssige Grenze zwischen den wirklich rechtlich bindenden „Gefälligkeitsverträgen" und den Gefälligkeiten nicht-rechtlicher Natur liegt, die keine obligatorischen Verträge sind.

---

[3]) Recht 1905, S. 481.
[4]) RG. 65, S. 313; 67, S. 431.
[5]) Kuhlenbeck, JW. 1908, S. 702.

1. Abschnitt.

§ 2.

Die „Gefälligkeitsverträge“ im Sinne v. Blumes.

Nach v. Blume[6]) bilden Gefälligkeiten den Gegenstand Verträge eigener Art. Er erblickt in jeder Gefälligkeit — abgesehen von den rechtlich bedeutungslosen — einen Vertrag, durch den der Gefällige aber nicht verpflichtet wird, sondern durch den er eine Leistung übernimmt, ohne sich zu verpflichten. Der Vertrag habe „zu Gunsten des Empfängers der Gefälligkeit nur die Bestimmung, dessen Handeln rechtmäßig zu machen und zugleich der Leistung des Gegners einen rechtlichen Grund zu geben, der die Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung“ ausschließe. Dieser Vertrag sei ein Vertrag eigener Art, dem eine Stelle im System eingeräumt werden müßte. v. Blumes Forderung, für Leistungen, die aus Gefälligkeit bewirkt werden, eine besondere Vertragsart — den „Gefälligkeitsvertrag“ — einzuführen, ist nicht anzuerkennen[7]). In den meisten Fällen wird er sich unter die Typen des BGB einordnen lassen. v. Blume ist zuzustimmen, wenn er sagt, es sei „keine Leihe, wenn ich dem Freunde mit dem Essen, das ich ihm spende, auch Eßgeräte vorsetze, so wenig wie er etwa bei mir zur Leihe wohnt“[8]). Es ist aber nicht einzusehen, weshalb er nicht Leihe annehmen will, wenn jemand seinem Nachbar erlaubt, auf seinem Grundstück vorübergehend Baumaterialien zu lagern[9]). v. Blume kommt in erster Linie nur deshalb zu der eigenartigen Konstruktion seines „Gefälligkeitsvertrages“, weil er erklären will, weshalb dem Gefälligkeitsempfänger oft kein Klagerecht zusteht, sondern sein Handeln nur rechtmäßig ist[10]). Das ist aber daraus zu erklären, daß dem Gefälligkeitsempfänger gegenüber nur eine Duldungspflicht besteht. Der Gefällige ist in diesen Fällen dem Gefälligkeitsempfänger gegenüber lediglich zur Duldung der Einwirkung auf seine Rechtssphäre verpflichtet. Ferner will v. Blume durch die Konstruktion seines „Gefälligkeitsvertrages“ das Recht des Gefälligen begründen, den Ausschluß der Widerrechtlichkeit jederzeit zu widerrufen[11]). Um bei berechtigtem und begründetem Interesse dem Gefälligen den jederzeitigen Widerruf offen zu halten, ist es aber nicht nötig, einen „Gefälligkeitsvertrag“ als Vertrag eigener Art zu konstruieren. Diese Härten mildert das dem Gefälligen zustehende Kündigungsrecht, das teils im Gesetz ausdrücklich geregelt ist, teils sich mit Rücksicht auf die Unentgeltlichkeit der Gefälligkeiten aus den Grundsätzen von Treu und Glauben

---

[6]) Recht 1908, S. 649 ff.
[7]) Planck, Vorbem. III vor § 598.
[8]) Recht 1908, S. 652.
[9]) Wie hier Hamburg Recht 1913, Nr. 1703.
[10]) Recht 1908, S. 651.
[11]) Recht 1908, S. 652.

herleiten läßt, soweit berechtigte Interessen des Gefälligen zu schützen sind. Den jederzeitigen Widerruf wird man dem Gefälligen auch besonders dadurch erhalten können, daß man den Abschluß eines schuldrechtlichen Vertrages immer dann verneint, wenn nach der Verkehrsanschauung in Verbindung mit Treu und Glauben rechtliche Beziehungen zwischen den Parteien nicht begründet worden sind[12]).

Indem v. Blume bei den „Gefälligkeitsverträgen" das Bestehen einer Verpflichtung ablehnt, vielmehr annimmt, daß der „Gefälligkeitsvertrag" nur die Bestimmung hat, das Handeln des Gefälligkeitsempfängers rechtmäßig zu machen, übersieht er ganz den Unterschied zwischen der Einwilligung und dem obligatorischen Vertrag, der auf Erteilung dieser Einwilligung gerichtet ist. Die Einwilligung wird allerdings in den meisten Fällen mit dem Abschluß des obligatorischen Vertrages zusammenfallen. Ähnlich ist es ja bei dem Handkauf, wo der Verpflichtungsakt und der Erfüllungsakt zeitlich zusammenfallen.

v. Blume sieht die Einwilligung als Vertrag an. Nach der herrschenden Meinung ist sie aber ein einseitiges Rechtsgeschäft. Die Einwilligung soll die Rechtswidrigkeit ausschließen. So hat der Gefälligkeitsempfänger das Recht, in die Rechtssphäre des Gefälligen einzugreifen, ohne widerrechtlich zu handeln. Der Ausschluß der Widerrechtlichkeit wird durch eine Erklärung des Gefälligen begründet. Er hängt ganz von seinem Willen ab. Auf einen vertraglichen Ausschluß kommt es gar nicht an. Der Gefälligkeitsempfänger könnte nach der Ansicht v. Blumes das Vertragsverhältnis dadurch zur Auflösung bringen, daß er den Ausschluß der Widerrechtlichkeit nicht mehr will. Er würde trotzdem so lange rechtmäßig handeln, bis der Gefällige seine Einwilligung widerrufen würde[13]).

Es wird vielleicht oft der Fall sein, daß jemand vertraglich zu einer Einwilligung verpflichtet ist. Da die Einwilligung aber ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, so kann der Einwilligende sie jederzeit widerrufen. Der Gegner des Einwilligenden würde dann nicht mehr rechtmäßig handeln. Allerdings würde der Widerrufende zum Ersatz des Schadens verpflichtet sein. Wenn bei Gefälligkeiten die Einwilligung nicht auf einem obligatorischen Vertrag beruht, dann wäre auch keine Schadenersatzklage gegen denjenigen gegeben, der seine Einwilligung widerruft. Er ist dann vielmehr jederzeit zum Widerrufe berechtigt.

Aber v. Blume gibt auch selbst zu, daß der „Gefälligkeitsvertrag" außerdem gewisse obligatorische Wirkungen zu Lasten des Gefälligen hat. Es ist aber unmöglich, daß diese obligatorischen Wirkungen aus der Einwilligung entspringen können, da die Ein-

[12]) Vgl. dazu unten §§ 3 und 5.
[13]) Vgl. Hinrichs, S. 45/6.

willigung das Handeln des Gefälligkeitsempfängers nur rechtmäßig machen soll[14]).

Daher ist ein „Gefälligkeitsvertrag" als Vertrag eigener Art, wie ihn v. Blume versteht, als zu weitgehend abzulehnen. Ein Vertrag eigener Art wird zwar ohne Bedenken dort anzunehmen sein, wo man das Rechtsverhältnis nicht unter eine vom BGB geregelte Type bringen kann, ohne ihm Zwang anzutun. Es ist aber unverständlich, daß man in solchen Fällen, in denen die Bestimmungen des BGB anwendbar sind, ohne die Eigenart des jeweiligen Vertrages zu beeinträchtigen, das Gesetz außer Kraft setzen soll.

---

2. Abschnitt.

§ 3.

Die Gefälligkeiten nicht-rechtlicher Natur.

Unter Gefälligkeiten nicht-rechtlicher Natur sind Akte und Abreden zu verstehen, die rechtlich nicht erheblich sind. Man bezeichnet auch diese Gefälligkeitsleistungen vielfach als „Gefälligkeitsverträge". Doch ist das nicht richtig, da sie gar keine „Verträge" im Sinne des Gesetzes darstellen, weil bei ihnen die Wirkungen eines obligatorischen Vertrages fehlen. Wohl haben auch hier die Parteien übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben, die auf einen einheitlichen Erfolg gerichtet sind. Doch soll eine rechtliche Bindung nicht eintreten[15]). Das Verhältnis zwischen dem Gefälligen und dem Gefälligkeitsempfänger ist in diesen Fällen nur ein rein tatsächliches, ohne jede rechtliche Bedeutung, da in den Rechtsbereich des Gefälligen in keiner Weise eingegriffen wird. Die Abgrenzung der Gefälligkeiten nicht-rechtlicher Natur von den wirklich rechtlich verpflichtenden „Gefälligkeitsverträgen" ist daher sehr wesentlich. A verspricht z. B. seinem Freunde B einen Brief in den Postbriefkasten zu stecken. A vergißt den Brief und wirft ihn erst 14 Tage später in den Briefkasten. B erleidet durch die verspätete Absendung des Briefes einen beträchtlichen Schaden. Hier ist in erster Linie zu prüfen, ob die Übernahme der Besorgung des Briefes durch A überhaupt eine rechtliche Bedeutung hat. Denn von der Entscheidung dieser Frage hängt es ab, ob B gegen A ein Schadenersatzanspruch zusteht. A hat aus Gefälligkeit und unentgeltlich die Besorgung des Briefes mit Zustimmung des B übernommen. Es liegt also eine Willensübereinstimmung über die zu erweisende Gefälligkeit vor. In der Beantwortung der Frage, ob durch diese Willensübereinstimmung ein obligatorischer Vertrag zustandegekommen ist, oder ob diese unentgeltliche, aus Gefälligkeit erwiesene Leistung nur als Gefälligkeitsdienst ohne recht-

---

[14]) Vgl. Lucas, S. 38 ff.
[15]) Vgl. Lucas, S. 4.

liche Bedeutung zu bewerten ist, gehen die Meinungen in der Literatur sehr weit auseinander. Selbst das Reichsgericht hat zu diesen Fragen leider keine einheitliche Stellung eingenommen. So hat es den Standpunkt vertreten[16]), daß in der bloßen Gestattung des Mitfahrens auf einem Wagen „an sich" überhaupt noch nicht der Abschluß eines obligatorischen Vertrages zu erblicken sei. Sie sei vielmehr ein bloß tatsächlicher Vorgang ohne rechtliche Bedeutung. In anderen Entscheidungen[17]) ist es aber der Ansicht, daß das unentgeltliche Mitfahrenlassen auf einem Wagen ein unentgeltlicher Vertrag sein könne. Kuhlenbeck[18]) schließt sich den erstgenannten Entscheidungen des Reichsgerichts an. Es handele sich hierbei um sog. gesellschaftliche oder nachbarliche Gefälligkeiten, die „sozusagen unter der Schwelle des juristischen Bewußtseins bleiben und daher das Rechtsleben nicht interessieren"[19]). Den Beweis für seine Ansicht bleibt er schuldig. Es ist nicht einzusehen, weshalb man dieser Vereinbarung grundsätzlich die Vertragsnatur absprechen soll. Daß sie unentgeltlich erfolgt, ist kein Grund, ihr keine rechtliche Bedeutung beizulegen, zumal auch im BGB unentgeltliche „Gefälligkeitsverträge" wie Leihe, Schenkung, Verwahrung und Auftrag geregelt sind[20]).

Nach der richtigen Ansicht kommt es lediglich auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles an, ob und wann eine aus Gefälligkeit erwiesene unentgeltliche Leistung den Gegenstand eines obligatorischen Vertrages bilden soll. Die Vertreter dieser Ansicht teilen sich wieder in zwei Gruppen.

Die einen[21]) sind der Meinung, daß stets dann ein obligatorischer Vertrag vorliege, wenn die Parteien nur übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben haben und eine aus Gefälligkeit erwiesene unentgeltliche Leistung geeignet ist, den möglichen Inhalt eines obligatorischen Vertrages zu bilden. In letzterer Hinsicht verlangt man zur Abgrenzung von der rechtlich bedeutungslosen Gefälligkeit entweder irgendwelche Einwirkung auf Rechtsgüter[22]) oder Fürsorge für die Person oder das Vermögen eines anderen[23]). Ist hiernach die Abgrenzung von den Gefälligkeiten nicht-rechtlicher Natur, die außerhalb der Rechtssphäre liegen und deshalb niemals den Inhalt eines obligatorischen Vertrages bilden können, gefunden, dann sei die Übereinstimmung des erklärten Willens beider Parteien erforderlich und genügend, ein Vertragsverhältnis zur Ent-

---

[16]) RG. 65, S. 17; Seuff. Arch. 62, S. 453; 65, S. 104; Bl. f. R. 76, S. 764; Gesetz u. Recht 1912, S. 430.

[17]) RG. 65, S. 313; Urteil v. 11. 10. 1910 = Jungbauer-Schreiner, zit. bei Geigel, Bl. f. R. 77, S. 40; vgl. auch RG. LZ. 1918, Sp. 496.

[18]) JW. 08, S. 701 ff.

[19]) Kuhlenbeck, JW. 08, S. 702.

[20]) S. auch Jung, Ziv. A. 117, S. 57.

[21]) Klein, Bl. f. R. 74, S. 26; Hansen, S. 24 ff.; Hempfing, S. 11 ff.; Rathey, S. 15; Wichers, S. 28.

[22]) Hansen, S. 10; Hempfing, S. 13; Rathey, S. 9.

[23]) Wichers, S. 1.

stehung zu bringen. Die oft nicht der Billigkeit entsprechenden schuldrechtlichen Wirkungen dieses Vertrages — hier ist insbesondere an die Härte der Erfüllungsklage gegen den Gefälligen gedacht — sind durch ein weitgehendes Kündigungsrecht des Gefälligen gemildert. Dieses Kündigungsrecht gewährten teilweise die im BGB geregelten unentgeltlichen Verträge, teilweise lasse es sich aus den Grundsätzen von Treu und Glauben herleiten. Zwar wird diese Ansicht gegenüber der oben erörterten in einer großen Anzahl der Fälle zu einem befriedigenden Ergebnis führen, aber sie schützt doch noch zu wenig den Gefälligen, da man nach diesen Grundsätzen oft den Abschluß eines obligatorischen Vertrages bejahen muß entgegen der Absicht der Parteien (insbesondere des Gefälligen) und auch der Verkehrsauffassung. Besonders der letzte Punkt dürfte ausschlaggebend sein. Liegen übereinstimmende Willenserklärungen und Gefälligkeiten vor, die den Inhalt eines obligatorischen Vertrages bilden können, dann muß nach dieser Ansicht ein obligatorischer Vertrag angenommen werden, sicherlich oft, wo der Verkehr an einen Vertrag gar nicht denkt. Insoweit ist also auch diese Ansicht abzulehnen. Durch die Annahme eines weitgehenden Kündigungsrechts werden zwar viele Härten vermieden werden können, aber es wird Fälle geben — und sie werden vielleicht gar nicht so selten sein —, wo man, um dem Gefälligen zu helfen, zum Kündigungsrecht als letztem Hilfsmittel greifen möchte, seine Anwendung jedoch nicht mehr mit Treu und Glauben vereinbar ist, über die zulässige Grenze hinausgeht oder wo die Unbilligkeit der schuldrechtlichen Wirkungen des Vertrages durch das Kündigungsrecht überhaupt nicht beseitigt werden kann. Hier versagt auch die Zubilligung eines Kündigungsrechts.

Nach einer anderen Ansicht ist neben der Willensübereinstimmung der Parteien und dem nach allgemeinen Grundsätzen möglichen Inhalt eines Vertrages der innere rechtliche Verpflichtungswille der Parteien erforderlich, um einen obligatorischen Vertrag zur Entstehung zu bringen. Das Erfordernis eines inneren Verpflichtungswillens ist aber mit den Bestimmungen des BGB. nicht in Einklang zu bringen. Denn aus den Vorschriften der §§ 116 und 119 BGB folgt, daß nicht der innere Wille des Erklärenden, sondern das Erklärte maßgebend ist[24]). Ein geheimer Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, berührt die Gültigkeit der Erklärung keineswegs. Nur der Verpflichtungswille ist rechtlich beachtlich, der nach außen hin in Erscheinung tritt, der durch die Erklärung mitgeteilt wird[25]). Entscheidend für den Abschluß eines obligatorischen Vertrages kann nur sein, daß in den Willenserklärungen, in dem Verhalten der Parteien eine rechtliche Verpflichtung zum

[24]) Fr. Leonhard, Ziv. A. 120, S. 53, 57, 66 ff.; Lehrbuch, S. 34; RG. 63, S. 11; 67, S. 433; 68, S. 128.

[25]) Vgl. Fr. Leonhard, Lehrb., S. 34; Ziv. A. 120, S. 73 ff.; R. Leonhard, S. 350; Endemann, § 70, 3.

Ausdruck kommt[26]). Hierbei ist zu beachten, daß bei der Deutung des Verhaltens der Parteien die Grundsätze von Treu und Glauben und die Verkehrsanschauung über das Vorliegen einer rechtlichen Verpflichtung entscheiden[27]). Das Ziel der Auslegung muß immer der Erklärungsinhalt sein, der nach außen hin als gewollt erscheint[28]). Nur auf diese Weise wird man in allen Fällen zu einem befriedigenden Ergebnis kommen. Der Wille des Erklärers kann nur berücksichtigt werden, wenn dem Empfänger dieser Wille bekannt war und der Empfänger damit seine Aufklärungspflicht arglistig verletzt hat[29]). Er ist aber nur dann zur Aufklärung verpflichtet, wenn der Erklärer „sich zu seinem Nachteil geirrt hat“[30]) und auch nur bei zweiseitigen Geschäften[31]). Liegen diese Voraussetzungen vor, dann ist er zum Schadensersatz verpflichtet[32]). Folgt man der hier vertretenen Ansicht, so wird man es vermeiden können, obligatorische Verträge in Fällen anzunehmen, wo die Verkehrsauffassung dagegen spricht, und ist andererseits nicht gezwungen, zur Abgrenzung von Gefälligkeiten nicht-rechtlicher Natur einen inneren Verpflichtungswillen zu fordern. Zum Zustandekommen eines „Gefälligkeitsvertrages“ ist also immer die Übereinstimmung der Willenserklärungen erforderlich, aus denen der rechtliche Verpflichtungswille hervorgehen muß. In dem Erfordernis der rechtlichen Verpflichtung, die in dem Verhalten der Parteien zum Ausdruck kommen muß, liegt die Abgrenzung der Gefälligkeiten nicht-rechtlicher Natur von den wirklich rechtlich verpflichtenden „Gefälligkeitsverträgen“. Rechtliche Verpflichtungen und Verpflichtungen der Sitte und Sittlichkeit sind zu unterscheiden[33]). Auf diesen Unterschied ist bei der rechtlichen Beurteilung der Gefälligkeitsleistungen scharf zu achten, da er für die Feststellung der Rechte und Pflichten der Parteien von großer praktischer Bedeutung ist. Wollten die Parteien sich nur moralisch verpflichten, dann liegt kein rechtlich bedeutsamer Vertrag vor. Es ist eben ein besonderes Kennzeichen der schuldrechtlichen Verträge, daß die Parteien das rechtliche Ziel im Auge haben, daß gemäß ihren übereinstimmenden Willenserklärungen eine rechtliche Bindung zwischen ihnen eintreten soll. Geigel[34]) betont mit Recht das Wort „verpflichtet“. Aus der rechtlichen Verpflichtung im Gegensatz zu den Pflichten der Sitte und Sittlichkeit ergibt sich erst die Möglichkeit, ein Rechtsverhältnis unter die Vertragsarten des Schuldrechts zu subsumieren. Es kommt also lediglich auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles an,

---

[26]) Ähnl. Sugg, S. 12/13.
[27]) R. Leonhard, S. 352; Endemann, § 70, 3.
[28]) R. Leonhard, S. 350.
[29]) Vgl. Fr. Leonhard, Ziv. A. 120, S. 127 ff.
[30]) Fr. Leonhard, Ziv. A. 120, S. 129.
[31]) Fr. Leonhard, Ziv. A. 120, S. 127, 132.
[32]) Fr. Leonhard, Ziv. A. 120, S. 136.
[33]) Fr. Leonhard, Lehrb., S. 58.
[34]) Bl. f. R. 77, S. 41.

die uns die Grundlage für die Entscheidung geben, ob überhaupt ein schuldrechtlicher Vertrag vorliegt.

Auch durch bloßes Schweigen kann man einen Willen zum Ausdruck bringen[35]), und hier wird bei Gefälligkeitsleistungen oft gerade die größte Schwierigkeit liegen, wenn festgestellt werden soll, ob im konkreten Falle ein „Gefälligkeitsvertrag" zustandegekommen ist oder nur eine Gefälligkeit nicht-rechtlicher Natur vorliegt. In der Regel wird man allerdings dem Schweigen keine rechtliche Bedeutung beimessen dürfen[36]). Damit bloßes Schweigen als eine dem anderen Teil gegenüber abgegebene Willenserklärung angesehen werden darf, müssen zwei Voraussetzungen vorliegen: Schlüssigkeit und Redepflicht[37]). Schweigen ist nur dann eine Willenserklärung, wenn aus den näheren Umständen des konkreten Falles mit Sicherheit auf einen bestimmten Willen geschlossen werden kann. Sodann muß für die schweigende Partei die Möglichkeit und die Pflicht bestehen, sich in einem bestimmten Sinn zu äußern[38]). Läßt sich also aus den Umständen des konkreten Falles entnehmen, daß der Schweigende einen bestimmten Willen hat, und kommt nun noch hinzu, daß der Schweigende für den Fall, daß er diesen bei ihm vorausgesetzten Willen trotz des äußeren Anscheins nicht hat, zu reden verpflichtet ist, kommt er aber dieser Verpflichtung nicht nach, so bringt er durch sein Schweigen schlüssig zum Ausdruck, daß dieser Fall nicht vorliegt, daß vielmehr sein Wille mit dem bei ihm vorausgesetzten übereinstimmt. Er erklärt sich dadurch einverstanden, daß der Vertragsgegner den bestimmten Willen bei ihm vermutet[39]). Auf welchen Willen das Verhalten des Schweigenden in Verbindung mit den näheren Umständen im konkreten Fall schließen läßt, ist nach der allgemeinen Erfahrung zu beurteilen. Wir haben es hier mit Erfahrungstatsachen zu tun, die nach allgemeinen Grundsätzen festzustellen sind[40]). Der Angelpunkt bei der Erforschung der Bedeutung des Schweigens liegt aber immer in der Redepflicht. Eine Redepflicht kann im konkreten Fall durch Gesetz, Gewohnheitsrecht, Verkehrssitte oder Treu und Glauben begründet sein[41]). Bei Gefälligkeitsleistungen sind die Verkehrssitte und Treu und Glauben für die Erforschung der rechtlichen Verpflichtung von besonderer Bedeutung. Liegen die oben erörterten Voraussetzungen vor, dann muß der Schweigende sein Verhalten so gegen sich gelten lassen, wie es der andere Teil nach der Verkehrssitte oder Treu und Glauben auffassen muß und kann.

---

[35]) Fr. Leonhard, Ziv. A. 120, S. 68.
[36]) Hildebrandt, S. 35; RG. 96, S. 140; JW. 11, S. 535; Jur. Rdsch. Rspr. 26, Nr. 545.
[37]) Fr. Leonhard, Lehrb., S. 31; Ziv. A. 120, S. 125.
[38]) RG. Jur. Rdsch. Rspr. 26, Nr. 545.
[39]) Odersky, S. 12/13; Koehler, S. 29.
[40]) Odersky, S. 13.
[41]) Dernburg I, § 133, I; RG. LZ. 1920, Sp. 755; JW. 21, S. 40.

Läßt sich aus den Willenserklärungen der Parteien nicht deutlich feststellen, ob eine Übereinstimmung der Willenserklärungen vorliegt, dann müssen eben die §§ 133, 157 BGB. zur Auslegung hinzugezogen werden. Es ist der objektive Sinn der Erklärungen zu ermitteln[42]). Darunter ist der Wille des Erklärenden zu verstehen, wie er in der Erklärung zum Ausdruck kommt[43]). Durch Auslegung nach § 133 erkennt man besonders, ob überhaupt eine Einigung zustandegekommen ist, durch Auslegung nach § 157, wie das Verhalten des Schweigenden zu deuten ist. Sollte auch einmal auf seiten einer Partei ein Verpflichtungswille nicht vorliegen, durfte aber der Erklärungsempfänger die Erklärung der anderen Partei nach Treu und Glauben in einem bestimmten Sinne verstehen und bestand für den Erklärenden eine Pflicht zum Reden, falls er eine solche Erklärung nicht abgeben wollte, kam er aber dieser Verpflichtung nicht nach, dann muß der Erklärende die Erklärung in jenem bestimmten Sinne gegen sich gelten lassen[44]). Es kommt dann nicht darauf an, was er damit gemeint hat[45]). Allerdings wird man dem Erklärenden die Möglichkeit zugestehen müssen, seine Erklärung gemäß § 119 anzufechten, wenn dessen Voraussetzungen sonst gegeben sind[46]). Doch muß er dem Anfechtungsgegner das Aufklärungsinteresse ersetzen.

Da unser Schuldrecht von dem Grundsatz der Inhaltsfreiheit[47]) beherrscht wird, so können die Parteien jede beliebige Leistung zum Inhalt eines Rechtsgeschäfts machen, jedoch mit der gesetzlichen Einschränkung, daß Verträge, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, nichtig sind. Von einigen Schriftstellern wird die Inhaltsfreiheit noch in der Weise begrenzt, daß entweder ein vermögensrechtliches[48]) oder ein schutzwürdiges[49]) Interesse gefordert wird. Doch beide Einschränkungen sind abzulehnen. Die erstgenannte Theorie wird versagen, wenn es erforderlich ist, Interessen zu schützen, die sich nicht auf das Vermögen beziehen (Gesundheit, Nachtruhe). Der Begriff des schutzwürdigen Interesses ist äußerst unbestimmt. Ein schutzwürdiges Interesse könnten schließlich auch die Anhänger der Vermögenstheorie anerkennen, indem sie eben nur ein Vermögensinteresse für schutzwürdig erklären. Auch macht Fr. Leonhard[50]) mit Recht darauf aufmerksam, „daß es unrichtig ist, Vereinbarungen, die den Parteien wertvoll sind, vom (vielleicht irrigen) Standpunkt des Richters aus zu vernichten". Es ist eben nur die Befriedigung eines Interesses nötig.

---

[42]) Fr. Leonhard, Ziv. A. 120, S. 47 ff.; Manigk, Irrtum, S. 158 ff.
[43]) Fr. Leonhard, Lehrb., S. 39; Ziv. A. 120, S. 15, 55, 70.
[44]) Fr. Leonhard, Ziv. A. 120, S. 125.
[45]) RG. 96, S. 276; 91, 426; 88, 428.
[46]) Fr. Leonhard, Ziv. A. 120, S. 57 ff.
[47]) Genauer für „Vertragsfreiheit", s. Fr. Leonhard, Lehrb., S. 36, 65, 66.
[48]) Hellwig, Ziv. A. 86, S. 224.
[49]) Enneccerus I, 2, S. 1 und 5.
[50]) Lehrbuch, S. 58.

Das Ergebnis unserer Erörterungen über die Abgrenzung der Gefälligkeiten nicht-rechtlicher Natur von den wirklich verpflichtenden „Gefälligkeitsverträgen“ sei nochmals festgestellt. Es gibt keine feste Formel dafür, ob und wann eine aus Gefälligkeit erwiesene unentgeltliche Leistung Gegenstand eines obligatorischen Vertrages ist. Es kommt immer auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles an. Wesentlich ist das Vorliegen einer rechtlichen Verpflichtung, die in den Parteierklärungen zum Ausdruck kommen oder sich nach der Verkehrsanschauung in Verbindung mit Treu und Glauben ergeben muß. Wenn z. B. jemand einem ausgeglittenen Herrn beim Aufstehen, einem andern beim Anziehen des Mantels, einer Dame beim Aussteigen aus dem Wagenabteil[51]) behilflich ist, eine Dame um einen Tanz bittet, so wird dadurch eine rechtliche Verpflichtung zu einer unentgeltlichen Dienst- oder Werkleistung nicht begründet[52]).

Ausnahmsweise sind auch im BGB. die Rechtsfolgen einer Gefälligkeitsleistung geregelt worden. Nach § 676 BGB. wird in der Regel keine Rechtspflicht begründet, wenn jemand einem andern einen Rat, eine Empfehlung oder Auskunft erteilt, da der Gefällige „damit keine Garantiepflicht übernehmen, sondern nur eine Gefälligkeit erweisen“[53]) will. Auch aus dieser Gefälligkeitsleistung können aber vertragliche Verbindlichkeiten entstehen, wenn der Rat, die Empfehlung oder Auskunft in einem Vertragsverhältnis erteilt worden sind.

Da bei den Gefälligkeiten nicht-rechtlicher Natur ein Vertrag nicht abgeschlossen ist, bestimmt sich die Haftung des Gefälligen nur nach den Vorschriften der §§ 823 ff. BGB über unerlaubte Handlungen. Ein allgemeiner Ausschluß der Verschuldenshaftung ähnlich wie bei der Gefährdungshaftung[54]) läßt sich in diesen Fällen nicht begründen. Ein solcher könnte nur im einzelnen Fall festgestellt werden[55]).

---

[51]) Behrend, Recht 1919, S. 291.
[52]) Vgl. v. Jhering, S. 518; Kohler II, S. 120.
[53]) Prot. II, S. 380; Kohler II, S. 120; Rostock OLG. 24, S. 396.
[54]) S. u. § 5.
[55]) So auch RG. Recht 08, Nr. 1183 u. 1186; JW. 08, S. 473; 26, S. 2534; München, JW. 29, S. 70; auch Josef, JW. 28, S. 2313; a. M. Zimmermann, JW. 28, S. 1717.

3. Abschnitt.
Die unentgeltlichen „Gefälligkeitsverträge".

§ 4.

I. Teil: Allgemeine Erörterungen über die rechtliche Behandlung der unentgeltlichen „Gefälligkeitsverträge".

Die herrschende Meinung[56]) bezeichnet als „Gefälligkeitsverträge" die unentgeltlichen Verträge, deren Gegenstand eine aus Gefälligkeit erwiesene Leistung bildet. Die Unentgeltlichkeit der Leistung sei das für „Gefälligkeitsverträge" entscheidende Kriterium. Nicht hierher sollen nach dieser Ansicht die entgeltlichen aus Gefälligkeit abgeschlossenen Verträge gehören. Wenn ein Zigarrenhändler aus Gefälligkeit einem guten Kunden Zigaretten einer bestimmten Marke, die er in seinem Geschäft nicht führt, gegen Bezahlung des regulären Preises besorgt, wenn man einem Freunde, der in Geldverlegenheit ist, aus Gefälligkeit einige Bücher abkauft, so seien dies keine „Gefälligkeitsverträge". Hoeniger[57]) vertritt den entgegengesetzten Standpunkt. Es sei „ein weitverbreiteter Irrtum, daß Gefälligkeitsgeschäfte notwendiger Weise unentgeltlich sein müßten"[58]). Wenn jemand einem andern einen Brief zum Briefkasten besorgt, ihm ein Fahrrad leiht, seinem Freunde einen Gegenstand abkauft, um ihm in einer Geldverlegenheit zu helfen, ein Zigarrenhändler einem Kunden Zigaretten einer bestimmten Marke besorgt, die er in seinem Geschäfte nicht führt, so seien alle diese Handlungen als Gefälligkeiten anzusehen, obwohl sie in ganz verschiedenen Formen erwiesen würden. Alle diese Leistungen würden aus „Gefälligkeit" erwiesen, aus dem Wunsche heraus, dem andern etwas Gutes zu tun, ihm durch Wohlwollen und Entgegenkommen zu gefallen. Ob die Handlung entgeltlich oder unentgeltlich geleistet würde, darauf komme es nicht an. Diese Ansicht Hoenigers ist jedoch abzulehnen, vielmehr im wesentlichen der herrschenden Meinung zuzustimmen. Das Motiv kann für den Begriff eines „Gefälligkeitsvertrages" nicht erheblich sein. Hoeniger ist darin wohl recht zu geben, daß man nicht nur unentgeltliche, sondern auch entgeltliche Leistungen aus „Gefälligkeit" bewirken kann, aus dem Wunsche heraus, einem andern behilflich zu sein. Aber nach dem herrschenden Sprachgebrauch sind unter Gefälligkeiten nur Leistungen zu verstehen, aus denen der Gefälligkeitsempfänger nur irgendeinen Vorteil erlangen muß, er selbst aber zu keiner Leistung verpflichtet wird, also wohl im Sinne der herrschenden Meinung nur unentgeltliche Leistungen, die aus „Gefälligkeit" erwiesen werden[59]). Auch ist der Begriff eines entgeltlichen „Gefälligkeitsvertrages" sachlich nicht nützlich. Denn die entgeltlichen „Gefällig-

[56]) Hansen, S. 5; Hempfing, S. 3; Rathey, S. 8, Anm. 1; Wichers, S. 4.
[57]) a. a. O., S. 217. Auch Hinrichs, S. 7 ff.
[58]) Hoeniger, a. a. O., S. 217.
[59]) Vgl. Sugg, S. 1/2.

keitsverträge“ weisen im allgemeinen keine Besonderheiten auf. Sie sind nach den Bestimmungen zu beurteilen, die für die betreffende Vertragsart gelten. Denn auf die Motive eines Geschäftsabschlusses kommt es in der Regel nicht an. Weshalb jemand von einem andern einen Gegenstand kauft, interessiert das Zivilrecht im allgemeinen nicht[60]). Es liegt daher kein Grund vor, für entgeltliche Verträge, nur weil sie aus „Gefälligkeit“ erwiesen werden, eine besondere Bezeichnung einzuführen. Einen sachlich nützlichen Begriff erhält man aber, wenn man im wesentlichen der herrschenden Meinung folgt. Was unter einem „Gefälligkeitsvertrag“ zu verstehen ist, ist nicht nach dem Motiv zu bestimmen, sondern danach, ob der Inhalt des Vertrages für den Gefälligkeitsempfänger vorteilhaft ist. Und damit ist der herrschenden Meinung zuzustimmen. Denn ein Vertrag, dessen Inhalt vorteilhaft ist, wird in der Regel unentgeltlich sein. Bei der rechtlichen Behandlung dieser unentgeltlichen „Gefälligkeitsverträge“ tauchen nun sehr große Schwierigkeiten auf. Ist nach den früher (§ 3) dargelegten Grundsätzen zwischen den Parteien ein obligatorischer Vertrag zustandegekommen, dann fragt es sich, wie dieser Vertrag rechtlich zu beurteilen ist. In dieser Streitfrage werden die verschiedensten Ansichten vertreten.

Wie schon oben (§ 2) erörtert, behandelt v. Blume[61]) unentgeltliche Gefälligkeiten als „Gefälligkeitsverträge“ eigener Art, durch die der Gefällige aber nicht verpflichtet wird, sondern durch die er eine Leistung übernimmt, ohne sich zu verpflichten. Diese Ansicht ist jedoch aus den oben angegebenen Gründen abzulehnen. Wenn es möglich ist, bei einer Gefälligkeit die Bestimmungen des BGB. anzuwenden und dabei auch der Eigenart des betreffenden Vertrages vollkommen gerecht zu werden, ist es dann noch erforderlich, das Gesetz außer Kraft zu setzen und dafür „Gefälligkeitsverträge“ eigener Art zu konstruieren?

Im Gegenstaz zu v. Blume nimmt Krückmann[62]) an, die im BGB geregelten Verträge seien für alle Arten der vorkommenden unentgeltlichen „Gefälligkeitsverträge“ ausreichend. Denn Gefälligkeiten könnten nur in dreifacher Weise erwiesen werden: durch Zuwendung von Vermögenswerten, insbesondere durch dauernde Überlassung zu Eigentum, durch vorübergehende Überlassung einer Sache oder durch Dienste. Zu ihnen gehöre auch die Verwahrung. Eine andere Möglichkeit sei nicht vorhanden. Im Interesse der wissenschaftlichen Ökonomie sei die Annahme solcher neuen Verträge eigener Art abzulehnen, da infolge der erschöpfenden Regelung kein Bedürfnis nach neuen Vertragskategorien bestände. Abwandlungen im Einzelfalle böten keine Schwierigkeiten, wenn man gemischte Verträge anerkenne. Es ließen sich also alle „Gefälligkeitsverträge“ als Schenkung, Leihe, Auftrag, unentgeltliche

[60]) Auch Hoeniger, S. 218.
[61]) Recht 08, S. 649 ff.
[62]) Bl. f. R. 74, S. 114.

Verwahrung oder als eine Mischung aus den drei letztgenannten Verträgen auffassen. Richtig an Krückmanns Ansicht ist, daß sich viele „Gefälligkeitsverträge“ bei der Auslegung als Schenkung, Leihe, unentgeltliche Verwahrung oder Auftrag kennzeichnen werden[63]), auf die dann die Bestimmungen des BGB. anzuwenden sind. Soweit „Gefälligkeitsverträge“ die Tatbestandsstücke mehrerer Vertragstypen erfüllen, sind sie gemischte Verträge. Im übrigen läßt sich aber die Ansicht Krückmanns nicht halten. Das Verkehrsleben ist doch zu vielgestaltig, als daß man jeden Vertrag unter eine vom BGB geregelte Type subsumieren könnte, ohne ihm Zwang anzutun[64]). Der ständige Fortschritt des Verkehrs und der Technik schafft oft ganz neue Rechtsverhältnisse, für welche die Vertragstypen des BGB. gar nicht ausreichen und passen. Auch der Gesetzgeber ist sich bewußt gewesen, daß es unmöglich ist, alle im Verkehrsleben vorkommenden Rechtsverhältnisse zu regeln. Man kann dies daraus entnehmen, daß er im 7. Abschnitt des zweiten Buches lediglich „Einzelne Schuldverhältnisse“ regelt, und zwar diejenigen, die im Rechtsleben am häufigsten vorkommen. Es ist eben unmöglich, alle vorkommenden Vertragsarten in eine der herkömmlichen Vortragsformen hineinzuzwängen. In der weitgehenden Annahme von gemischten Verträgen ist Krückmann besonders von Hoeniger[65]) angegriffen worden. Hoeniger weist nach, daß die von Krückmann bezeichneten gemischten Verträge keineswegs als gemischte Verträge anzusehen sind, sondern daß es sich in diesen Fällen um von Hoeniger sog. „Zwischenformen zwischen gesetzlichen Tatbestandsstücken“ handelt, das sind „Gebilde, die den gesetzlichen Tatbeständen zwar gewisse Momente entnehmen, die aber doch niemals ganz gesetzlichen Tatbestandsstücken entsprechen“[66]). Ferner weist Hoeniger[67]) an den Beispielen Krückmanns nach, daß es sich bei den Mischverträgen Krückmanns zum Teil tatsächlich überhaupt um einfache Verträge handelt, also „weder um gemischte Verträge noch um zwischentypische Leistungen, noch um überhaupt irgendwelche besonderen Komplikationen“[68]). Wenn ein Fuhrwerksbesitzer einer Frau erlaubt, ihre Pakete auf den Wagen zu legen, so verspreche er der Frau Beförderung und nicht Verwahrung. Die Verwahrungspflicht sei nur eine Rechtsfolge des Beförderungsvertrages, ergebe sich aber nicht aus einem zwischen den Parteien abgeschlossenen Verwahrungsvertrage. Ebenso treffe auch den Entleiher eines Gegenstandes die Verwahrungspflicht. Dieser Ansicht Hoenigers ist vollkommen zuzustimmen. Der Begriff des gemischten Vertrages, wie ihn Krückmann verwenden will, ist doch zu weitgehend.

---

[63]) Staudinger II, 2, S. 3.
[64]) v. Meerscheidt-Hüllessem, DJZ. 1910. S. 854.
[65]) a. a. O., S. 332 ff.
[66]) Hoeniger, S. 334.
[67]) a. a. O., S. 336.
[68]) Hoeniger, S. 336.

Alle bisher erörterten Meinungen sind mehr oder weniger ungeeignet, ein für alle Fälle befriedigendes Ergebnis zu erzielen. Der Grund dafür ist darin zu suchen, daß man sich einfach auf einen unerschütterlichen Standpunkt stellte: Gefälligkeiten seien Verträge eigener Art oder sämtlich im BGB geregelt. Damit haben die Vertreter dieser Meinung aber jede Beweglichkeit aufgegeben, die doch erforderlich ist, um den mannigfachen Rechtsverhältnissen im Verkehrsleben gerecht zu werden. Sie werden oft zu Entscheidungen kommen, die weit davon entfernt sind, der Verkehrsauffassung zu genügen und das Rechtsbewußtsein zu befriedigen. Als dem Verkehrsleben am meisten entsprechende und wohl richtige Ansicht ist die anzusehen, daß sich keine feste Formel dafür finden läßt, wie ein obligatorischer Vertrag, dessen Gegenstand eine Gefälligkeit bildet, rechtlich zu behandeln ist. Es kommt lediglich auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles an. Soweit überhaupt eine Gefälligkeit als Inhalt eines obligatorischen Vertrages möglich ist, sind nach Möglichkeit in erster Linie die Vorschriften des BGB direkt oder analog anzuwenden, andernfalls gemischte Verträge oder Verträge eigener Art zu bilden. Diese Ansicht dürfte wohl dem Richter die nötige Beweglichkeit, aber auch einen sicheren Maßstab geben, die im Verkehrsleben vorkommenden Gefälligkeiten in einer dem Rechtsbewußtsein und der Verkehrsauffassung entsprechenden Weise zu regeln. Doch muß man sich davor hüten, bei der Subsumtion der „Gefälligkeitsverträge“ unter die Vertragstypen des BGB die jeweiligen „Gefälligkeitsverträge“ unter allen Umständen unter die Typen des BGB hineinzuzwängen. Ergeben sich wesentliche Subsumtionsschwierigkeiten, dann muß man eben zu den Verträgen eigener Art greifen. Welche Rechtssätze für diese gelten, wird sich nach der näheren Verwandtschaft dieser Verträge eigener Art unter den im Gesetz geregelten Vertragstypen bestimmen[69]).

§ 5.

II. Teil: Das Vertragsverhältnis zwischen dem Gefälligen und dem Gefälligkeitsempfänger im einzelnen.

Ist im vorhergehenden versucht worden, allgemeine Grundsätze für die rechtliche Beurteilung von unentgeltlichen „Gefälligkeitsverträgen“ aufzustellen, so soll im folgenden gezeigt werden, wie sich diese allgemeinen Grundsätze in Verbindung mit den besonderen Bestimmungen des BGB bei einzelnen Rechtsverhältnissen auswirken, und zwar bei Gefälligkeitsleistungen durch dauernde Überlassung von Sachen, durch zeitweilige Überlassung von Sachen und durch Leistung von Diensten.

Gefälligkeitsleistungen durch unentgeltliche dauernde Überlassung von Sachen als Eigentum sind immer Schenkungen. Sugg[70]) hält zwar Krückmann entgegen, daß nicht jede unentgeltliche Zu-

[69]) Vgl. hierzu Jung, Ziv. A. 117, S. 58 ff.; Jher. J. 69, S. 61 ff.
[70]) a. a. O., S. 16.

wendung einer Sache zu dauernder Überlassung als Eigentum Schenkung ist, bleibt aber den Beweis für seine Behauptung schuldig. Es wäre dies nur möglich, wenn der Gefällige vollkommen wertlose Gegenstände einem andern zuwendet, sodaß für den Begriff der Schenkung die Bereicherung fehlt. Es muß aber betont werden, daß nicht jede Schenkung eine Gefälligkeitsleistung ist. Eine Schenkung kann auch aus einem anderen Beweggrund vollzogen werden. Man denke nur an Danaergeschenke und an sog. remuneratorische Schenkungen, die nicht aus dem Wunsche heraus vorgenommen werden, einem andern „gefällig" zu sein. Die Gefälligkeitsschenkungen unterscheiden sich in ihrer rechtlichen Beurteilung in keiner Weise von den Schenkungen und Schenkungsversprechen des BGB. So bedarf ein Schenkungsversprechen, das aus Gefälligkeit erteilt wird, wie jedes andere Schenkungsversprechen, das aus einem anderen Beweggrunde erfolgt, nach § 518 BGB der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, und in gleicher Weise sind die übrigen Bestimmungen des BGB anzuwenden. Es kommt immer nur darauf an, daß die Voraussetzungen der Schenkung vorliegen. Der Beweggrund spielt dabei keine Rolle. Die Schenkung ist nach der herrschenden Meinung ein Vertrag[71]). Das ergibt sich aus § 516 II. der die Annahme der Schenkung fordert, also die Vertragsnatur der Schenkung voraussetzt. Sicher ist auch, daß das Schenkungsversprechen ein obligatorischer Vertrag ist. Zwar ergibt sich die obligatorische Natur des Schenkungsversprechens aus dem Gesetz nicht so deutlich wie bei den anderen unentgeltlichen Verträgen des BGB (Leihe, Verwahrung, Auftrag). Für diese Ansicht sprechen aber ganz deutlich Redewendungen in einigen Bestimmungen des BGB (§§ 519, 520). Bestritten ist aber, ob der Schenker bei der Handschenkung Verpflichtungen übernimmt. Diese Frage ist mit der in der Literatur[72]) und Rechtsprechung[73]) herrschenden Meinung zu verneinen. Eine andere Entscheidung dieser Streitfrage würde weder der mutmaßlichen Absicht der Parteien noch der Sachlage gerecht werden. „Wer Geld verschenkt, das sich später als unecht erweist, braucht nicht echtes zu leisten"[74]). Anders wäre aber wegen der Entgeltlichkeit beim Handkauf zu entscheiden. Man wird allerdings auch bei der Handschenkung in der Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einen schuldrechtlichen Vertrag in dem Sinne zu erblicken haben, „daß die Einigung den Rechtsgrund schafft, der die durch die Zuwendung bewirkte Bereicherung schuldrechtlich rechtfertigt"[75]). Die Formen, in denen man Schenkungen vollziehen kann, sind äußerst mannig-

[71]) a. M. Kohler I. S. 551; Haymann, Jher. J. 56. S. 104.

[72]) Enneccerus I. 2. § 343. Anm. 2; Staudinger. § 516. I; Planck. § 516. 3; Siber. Jher. J. 70. S. 233. 245; a. M. Eckstein Ziv. A. 107. 384 ff.; Rathey. S. 12; s. auch Oertmann II. S. 504.

[73]) RG. 111. S. 152.

[74]) Enneccerus I. 2. § 343. Anm. 2.

[75]) So die h. M. RG. 111. S. 153; Planck, § 516,3; Staudinger, § 516 I; RGRK. § 516,6.

faltig, durch Rechtsgeschäfte und auch durch nicht-rechtsgeschäftliche Handlungen und Unterlassungen. Es ist aber immer daran festzuhalten, daß durch die Zuwendung das Vermögen des Gefälligkeitsempfängers bereichert werden muß. Daher ist in der Zuwendung sog. immaterieller Güter (Darbietung eines Kunstgenusses, Fürsorge für Freiheit und Ehre)[76]) keine Schenkung zu erblicken.

Gefälligkeitsleistungen durch unentgeltliche zeitweilige Überlassung von Sachen werden sich wohl in der Hauptsache als Leihe und Verwahrung, zum mindesten aber als diesen Verträgen ähnliche Vertragsverhältnisse darstellen, sodaß dann im letzteren Falle die Vorschriften über Leihe und Verwahrung analoge Anwendung finden können. Voraussetzung für die Annahme eines obligatorischen Vertrages ist aber immer, daß rechtliche Beziehungen zwischen den Parteien begründet werden sollen. Wenn sich bei Beantwortung der Frage, ob ein Leihe- oder Verwahrungsvertrag vorliegt, Schwierigkeiten ergeben sollten, so ist von dem wirtschaftlichen Zweck auszugehen, den die Parteien nach ihren Willenserklärungen im Auge gehabt haben. Man wird dann das Rechtsverhältnis mühelos erkennen können. Kommt es dem Gefälligkeitsempfänger nur darauf an, daß ihm der Gebrauch einer Sache gestattet wird, so liegt eine Leihevertrag vor, liegt ihm aber an einer sorgfältigen Aufbewahrung der Sache, so haben wir einen Verwahrungsvertrag vor uns. Die Leihe erfolgt vorwiegend im Interesse des Empfängers, die Verwahrung in dem des Hingebenden[77]). Deutlicher als bei dem Schenkungsversprechen kann man aus dem Gesetz (§§ 598, 688) ersehen, daß Leihe und Verwahrung schuldrechtliche Verträge sind.

Die Leihe ist regelmäßig ein Realvertrag[78]). Sie entsteht also in der Regel erst durch Hingabe der Sache. Im Gesetz ist darüber keine ausdrückliche Bestimmung getroffen worden[79]). Im römischen Recht hatte man neben dem commodatum noch das precarium. Es war dies die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung einer Sache mit der Berechtigung des Verleihers, die verliehene Sache jederzeit willkürlich von dem Entleiher zurückzufordern. In das BGB ist das precarium nicht aufgenommen worden. Im E I § 558 war das precarium noch enthalten. Die Kommission hat aber diesen Paragraphen gestrichen. Denn „das heutige precarium als frei widerrufliche Gebrauchsleihe sei lediglich eine Unterart der letzteren. Der § 558 verdanke seine Aufnahme lediglich der geschichtlichen Reminiszenz an den römischen Unterschied von Kommodat und Prekarium. Es sei kein Bedürfnis, diese Reminiszenz in dem BGB zu verewigen“[80]). Hierbei ist jedoch zu bemerken, daß daneben Fälle der

---

[76]) Staudinger, § 516 I, 1b; Warneyer, § 516 I.

[77]) Oertmann, Vorbem. 6e vor § 688; Staudinger, Vorbem. 9 vor § 688; Warneyer, § 688, II. RG. Warn. 1910, Nr. 246.

[78]) Fr. Leonhard, Lehrbuch S. 65, 89.

[79]) s. auch Mot. II S. 444; Prot. II S. 269.

[80]) Prot. II S. 276.

zeitweiligen Überlassung von Sachen zum Gebrauch vorkommen, die überhaupt nicht als Vertragsverhältnis anzusehen sind. Auf diese können die §§ 598 ff. keine Anwendung finden[81]).

Gegenstand der Leihe sind bewegliche und unbewegliche Sachen[82]). Bei der Verleihung von Forderungen und Rechten werden die Bestimmungen über die Leihe entsprechende Anwendung finden können. Sie wird allerdings selten in Frage kommen[83]). Der Verleiher bleibt Eigentümer der verliehenen Sache. Er wird in der Regel mittelbarer Besitzer, der Entleiher unmittelbarer. Da der Entleiher als unmittelbarer Besitzer Vollbesitzer ist, genießt er auch vollen Besitzschutz. Dieser Besitzschutz des Entleihers ist eins der Hauptmerkmale, wodurch sich der Leihevertrag von der bloßen beaufsichtigten Inhabung[84]) unterscheidet[85]).

Wenn jemand aus Gefälligkeit einem Freunde sein Fahrrad zu einem Ausflug unentgeltlich zur Verfügung stellt, einem jungen Gelehrten eine Handschrift zur Anfertigung einer wissenschaftlichen Arbeit, einem Maler ein seltenes Gemälde zur Anfertigung einer Kopie unentgeltlich überläßt, so haben wir es in allen diesen Fällen zweifellos mit einem Leihevertrag zu tun. Der Gefällige wird durch diese Verträge verpflichtet, dem Gefälligkeitsempfänger unentgeltlich zu gestatten, von dem Fahrrad, der Handschrift, dem Gemälde den vertragsmäßigen Gebrauch zu machen. Leihe ist auch anzunehmen, wenn A aus Gefälligkeit dem B einen Gegenstand zu dem Zwecke überläßt, ihn zu einer Verpfändung an C zu benutzen, von dem er (B) ein Darlehen erhalten hat[86]). Der Gebrauch besteht eben darin, daß dem B gestattet wird, den geliehenen Gegenstand zu einer Pfandbestellung zu verwerten. Leihe, nicht etwa Schenkung, liegt auch vor, wenn der Eigentümer einer beweglichen oder unbeweglichen Sache einem andern diese so lange zum unentgeltlichen Gebrauch überläßt, bis sich eine Gelegenheit findet, die Sache zu verwerten, z. B. etwa zu vermieten oder zu verkaufen[87]). Denn auf seiten des Gefälligen liegt keine Vermögensminderung vor, da es ihm nicht möglich ist, die verliehene Sache entgeltlich zu verwerten. Er hat eben nicht weniger, als er ohne die Überlassung haben würde.

Während es bei Gefälligkeitsleistungen durch unentgeltliche zeitweilige Überlassung von beweglichen Sachen verhältnismäßig leicht sein wird, festzustellen, ob ein Leihevertrag vorliegt, wird man bei Gefälligkeitsleistungen durch unentgeltliche zeitweilige Überlassung von unbeweglichen Sachen oft auf größere Schwierig-

---

[81]) Darüber s. o. § 3.

[82]) Gemeinrechtlich bestritten. Wie das BGB die meisten neueren Gesetzgebungen, so auch das österr. Allgem. GB § 971.

[83]) Enneccerus, § 360, Anm. 2.

[84]) Fr. Leonhard, Lehrbuch S. 116; von v. Jhering momentanes Detentionsverhältnis genannt, S. 512 ff.

[85]) Bremen, HGZ. 1911, Beibl. Nr. 96.

[86]) Oertmann, Vorbem. 1a vor § 598; Staudinger, § 598, 3c. RG. 36, S. 161.

[87]) RG., Sächs. Arch. 10, S. 244.

keiten stoßen. Es handelt sich in diesen Fällen um die sog. Raum- oder Platzleihe.

Bei der gegenwärtig herrschenden Wohnungsnot wird es gar nicht so selten vorkommen, daß ein Wohnungsinhaber aus Gefälligkeit Verwandte oder Bekannte in seiner Wohnung für kürzere oder längere Zeit unentgeltlich aufnimmt, ihnen in seiner Wohnung einige Zimmer einräumt. Es liegt eine Wohnungsleihe vor[88]). Für den Wohnungsinhaber besteht dann die Verpflichtung, dem Gefälligkeitsempfänger den Gebrauch der Wohnung in einem der Natur des Vertrages entsprechenden beschränkten Umfange unentgeltlich zu gestatten. Der Gefälligkeitsempfänger hat das Recht, die Wohnung („insbesondere auch unter Ausschließung jedes unberufenen Dritten")[89]) zu bewohnen; „die Räumung darf nicht schikanös verlangt und die Wohnung braucht in keinem besseren als dem durch das Wohnen herbeigeführten Zustand zurückgegeben werden"[90]). Ein anderer Fall. Jemand gestattet einem exmittierten Mieter, seine Möbel in einem Bodenraum oder Schuppen unterzustellen. Als der Gefälligkeitsempfänger nach mehreren Tagen oder Wochen seine Möbel abholt, bemerkt er, daß seine Möbel durch Nässe beschädigt sind, da sie in einem undichten Bodenraum oder Schuppen aufgestellt waren. Er verlangt von dem Gefälligen Schadenersatz. Diesen Schadenersatzanspruch des Gefälligkeitsempfängers wird man aber ablehnen müssen, da der Gefällige gar nicht die Verpflichtung übernommen hat, die Möbel aufzubewahren, sondern sich nur verpflichtete, dem Gefälligkeitsempfänger einen Platz für die Möbel zu überlassen[91]). Danz[92]) vertritt nun aber die Ansicht, daß in diesem Falle auch keine Platzleihe vorliege, weil die Leihe Realvertrag ist und die Übergabe des betreffenden Raumes an den Entleiher voraussetzt. Es liege hier „überhaupt kein im BGB geordnetes Verhältnis, sondern ein Raum-Prekarium" vor[92]). Dieser Meinung kann aber nicht zugestimmt werden. Obwohl die Leihe regelmäßig Realvertrag ist, „so kann die reale Hingabe der konsensualen Vereinbarung doch nachfolgen"[93]). Auch ist nach dem BGB an Teilen eines Grundstücks Besitz möglich[94]). Ein Leihevertrag liegt auch vor, wenn ein Hauseigentümer einer Elektrizitätsgesellschaft unentgeltlich gestattet, eiserne Träger auf den Hausdächern anzubringen und die nötigen Verschalungsarbeiten herzustellen. Der Hauseigentümer hat sich verpflichtet, der Elektrizitätsgesellschaft den Gebrauch der Dächer unentgeltlich zu gestatten. Die Elektrizitätsgesellschaft hat die Verpflichtung übernommen, die geliehene Sache mit verkehrsüblicher

[88]) Metzler, Bayr. Z. 1926, S. 100; Staudinger, § 598 2a.
[89]) OVG. in DJZ. 1904, S. 511.
[90]) OVG. in DJZ. 1904, S. 511.
[91]) Danz, Jher. J. 38, S. 476 ff.; Planck, Vorbem. III vor § 598.
[92]) Jher. J. 38, S. 479.
[93]) Planck II,2, S. 915.
[94]) Vgl. zu dieser Streitfrage Planck, Vorbem. III vor § 598; Staudinger, § 598, 2a; Zabel, S. 18; RG. DJZ. 24, S. 905; Hamburg, OLG. 13, S. 33.

Sorgfalt zu behandeln, keinen vertragswidrigen Gebrauch von der Sache zu machen, entstandene Schäden zu beseitigen, die Sache nach gemachtem Gebrauch zurückzugeben[95]). Zweifelhaft dürfte das Vorliegen eines Leihevertrages in folgenden von der Literatur häufig mitgeteilten Fällen sein. A hat eine schwere Krankheit überstanden und soll sich nach Anordnung seines Arztes viel in frischer Luft aufhalten. Sein Freund B, der Eigentümer eines großen Parkes, bietet ihm an, sich darin, so oft er Lust hat, zu ergehen. A nimmt dieses Anerbieten an. Oder: Der Privatgelehrte C bittet Herrn D, der eine große Bibliothek mit wertvollen und seltenen Büchern besitzt, während dessen Reise die Bibliothek benutzen zu dürfen, da er unter den Büchern Stoff für die Anfertigung einer wissenschaftlichen Arbeit zu finden hofft. In beiden Fällen liegt ein obligatorischer Vertrag vor. B ist dem A gegenüber verpflichtet, ihm jederzeit das Betreten des Parkes, D dem C gegenüber, die Benutzung der Bücher in den Bibliotheksräumen zu gestatten. Sollten sich auch B und D durch ihre Willenserklärungen nicht haben verpflichten wollen, wäre dieser Wille aber in ihren Erklärungen nicht genügend zum Ausdruck gekommen, so wären sie trotzdem nach den oben festgestellten Regeln der Auslegung an ihren Erklärungen festzuhalten. Aus den ganzen Umständen war in beiden Fällen zu schließen, daß der Gefällige sich dem Gefälligkeitsempfänger zur Gebrauchsgestattung verpflichten wollte. Hatte der Gefällige in Wirklichkeit diesen Willen nicht, dann war er nach Treu und Glauben zum Reden verpflichtet, wenn sein Schweigen nicht als Verpflichtungserklärung aufgefaßt werden sollte. „Denn wo nach Treu und Glauben eine Redepflicht besteht, da muß Schweigen als Zustimmung gedeutet werden“[96]). Es ist aber zweifelhaft, ob diese schuldrechtlichen Verträge unter eine der im BGB geregelten Typen fallen oder Verträge eigener Art sind. Man könnte an einen Leihevertrag denken. Und diese Entscheidung ist auch richtig[97]). Da der Verleiher nach § 598 nur zur Gestattung des Gebrauchs (nicht zur Gewährung wie bei der Miete) verpflichtet ist, so wird auch dann ein Leihevertrag angenommen werden können, wenn „die Verpflichtung zu einer weitergehenden Besitzverschaffung besteht“[98]). In der Gestattung der Benutzung durch einen andern wird regelmäßig eine Besitzverschaffung liegen, unbedingt nötig ist das aber nicht[99]). Die reale Hingabe kann der konsensualen Vereinbarung nachfolgen[100]). Keineswegs ist in diesen Fällen zur Annahme eines Leihevertrages der Besitzwille des Entleihers erforderlich[101]). Diese im Anschluß an die römische Besitzlehre aufgestellte Forderung des Besitzwillens sollte doch end-

[95]) Colmar, OLG. 9, S. 305.
[96]) Fr. Leonhard, Ziv. A. 120, S. 125.
[97]) Ebenso Hempfing, S. 21; Lucas S. 45/46; a. M. Sugg, S. 21.
[98]) Hempfing, S. 23.
[99]) Hempfing, S. 23.
[100]) Planck, Vorbem. III vor § 598.
[101]) So Sugg, S. 21.

lich überwunden sein[102]). Man wird jedoch die §§ 598 ff. BGB nur mit Einschränkungen, die sich aus der Besonderheit der verliehenen Sache ergeben, anwenden dürfen. So wird z. B. § 601 nicht anzuwenden sein. Denn man wird weder von A verlangen können, daß er den Park in Ordnung hält, noch von B, daß er beschädigte Bücher binden läßt. Um zu einem billigen Ergebnis zu kommen, ist es in einem solchen Falle erforderlich und erlaubt, Gesetzesbestimmungen, die den Erfordernissen des täglichen Lebens nicht gerecht werden, ganz oder teilweise auszuschalten[103]). Die Ermächtigung dazu geben uns die §§ 157, 242 BGB.

Vielfach werden in der Literatur hierher auch die Fälle gezählt, wo jemand durch einen Anschlag öffentlich gestattet, einen Privatweg oder Park zu benutzen, Schutt abzuladen, Museen, Anlagen, Schlösser und dergl. zu besichtigen[104]). Darin liege ein Angebot an jedermann. Wer dieses Angebot annehme, indem er von dieser Erlaubnis Gebrauch mache, schließe dadurch mit dem Gestattenden einen Leihevertrag mit jederzeitigem Widerrufsrecht (§ 604 III) ab. Dem möchte ich mich nicht anschließen. Denn es dürfte kaum der Verkehrsanschauung entsprechen, wenn man in allen diesen Fällen „unzählige stillschweigende Einzelverträge“[105]) annimmt. Durch den öffentlichen Anschlag ist einfach jedermann gestattet, die Sache zu benutzen. Dem Gestattenden steht es jederzeit frei, die Erlaubniserteilung zu widerrufen. Der Eigentümer der Sache haftet für Verschulden nach Maßgabe der §§ 823 ff. BGB[106]).

Wenn ein Jagdberechtigter aus Gefälligkeit einem Freunde einen Jagderlaubnisschein ausstellt, so verpflichtet er sich, diesem die Ausübung seines Jagdrechtes unentgeltlich zu gestatten. Dem Jagdgast wird ein fremdes Recht zum unentgeltlichen Gebrauch überlassen. Obwohl § 598 die „Verleihung“ von Rechten nicht enthält, so wird man doch die Bestimmungen über die Leihe analog anwenden dürfen[107]).

Sehr streitig ist auch die rechtliche Beurteilung folgenden Falles. Jemand überläßt unentgeltlich einem Freunde einen Garten, einem Wohltätigkeitsverein Ackerland zum Gebrauch und Genuß der Früchte. Er verpflichtet sich also, dem Berechtigten den Gebrauch des Landes und den Genuß der Früchte, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind, während dieser Zeit unentgeltlich zu gewähren. Wäre der Vertrag gegen Entgelt abgeschlossen, hätten die Berechtigten also einen Zins zu bezahlen, so läge ein Pachtvertrag vor. Da aber in den vorliegenden Fällen ein Entgelt nicht versprochen ist, im BGB ein

[102]) Fr. Leonhard, Lehrb., S. 115/116.

[103]) Vgl. hierzu Hempfing, S. 20 ff.; Lucas, S. 46 ff.; Sugg, S. 19 ff.; Rathey, S. 18; Wichers, S. 35.

[104]) Enneccerus, I, 2, § 360, Anm. 1; Eck-Leonhard, S. 505; Staudinger, § 598, 2a; Zabel, S. 16; Sugg, S. 23; Wichers, S. 35.

[105]) Planck, Vorbem. III vor § 598.

[106]) Planck, Vorbem. III vor § 598; vgl. auch Sugg, S. 23.

[107]) Cohn, Recht 1909, S. 706; Enneccerus I, 2, § 360 A. 2; Oertmann, Vorbem. 1b vor § 598; Staudinger, § 598, 2d.

„unentgeltlicher Pachtvertrag“ nicht geregelt ist, so ist es zweifelhaft, wie diese Verträge rechtlich zu behandeln sind. Teils ist man der Ansicht[108]), daß auf diese Verträge die Bestimmungen über die Leihe anzuwenden sind, teils faßt man sie als Verträge eigener Art auf[109]), teils nimmt man einen gemischten Vertrag an[110]), der Momente der Leihe, Schenkung und Pacht enthält. Die letztere Meinung dürfte die richtige sein. Wenn dagegen eingewendet wird[111]), daß auch der Pachtvertrag als einheitlicher Vertrag geregelt sei, „obwohl man ihn als aus Tatbestandsstücken der Miete und des Kaufs zusammengesetzt auffassen könnte“[112]), so sind diese Gründe doch nicht als durchschlagend anzuerkennen. Denn beim Vorliegen eines typischen Pachtvertrages hat man es gar nicht nötig, ihn in seine Tatbestandsstücke zu zerlegen, um sein Wesen zu erforschen und die Rechte und Pflichten der Parteien festzustellen, da ja für ihn im BGB eine eigene Type aufgestellt ist. Ist der Vertrag aber unentgeltlich, dann ist man ja gezwungen, einen gemischten Vertrag, d. i. „eine im Gesetz nicht vorkommende Verbindung einzelner, im Gesetz unter verschiedenen Vertragskategorien normierter Tatbestandsstücke“[113]) aufzustellen[114]). Wie soll man anders die Rechte und Pflichten der Parteien und die sonstigen Wirkungen des Vertrages feststellen können, wenn keine besonderen Parteiabreden getroffen sind?

Nicht als Gefälligkeitsleistungen durch unentgeltliche zeitweilige Überlassung von Sachen stellen sich die Fälle dar, in denen jemand im eigenen Interesse einem andern eine Sache als Muster, zum Ausprobieren etc. unentgeltlich überläßt, um dadurch etwa den Abschluß eines Kauf- oder Mietvertrages vorzubereiten. Denn in allen diesen Fällen fehlt den Verträgen „das der Leihe wesentliche Element der Gefälligkeit, des einseitigen Interesses des Empfängers“[115]). Die Überlassung der Sachen dient doch in der Hauptsache dem Interesse des Verkäufers oder des Vermieters. Die Leihe setzt aber voraus, daß der Vertrag im wesentlichen Interesse des Empfängers der Sache geschlossen wird[116]). Hier liegen keine Leiheverträge, sondern den Kauf oder die Miete vorbereitende Verträge (oder auch Nebenverträge zum Kauf oder zur Miete) vor, auf die nicht die Bestimmungen über die Leihe Anwendung finden können, sondern in erster Linie die allgemeinen Vorschriften über Verträge (besonders bezüglich der Haftung §§ 276, 278 BGB) anzuwenden sind[117]). Allerdings werden der Natur dieser Vor- oder

[108]) Hempfing, S. 26; Sugg, S. 23.
[109]) Rathey, S. 18.
[110]) Wichers, S. 39.
[111]) Rathey, S. 19; Hempfing, S. 26.
[112]) Rathey, S. 19.
[113]) Hoeniger, S. 4.
[114]) Vgl. auch Wichers, S. 40.
[115]) Oertmann, Vorbem. 1a vor § 598.
[116]) Vgl. Braunschweig, Recht 1908, Nr. 1359.
[117]) Braunschweig, LZ. 1908, Sp. 471; OLG. 20, 210; RG. 65, 19; Oertmann, Vorbem. 1a vor § 598; Planck, Vorbem. III vor § 598.

Nebenverträge gemäß auch einige leiherechtliche Bestimmungen Anwendung finden können, insbesondere § 603 BGB[118]).

Zusammenfasend ist also zu sagen, daß eine Gefälligkeitsleistung durch unentgeltliche zeitweilige Überlassung einer Sache zum Gebrauch in der Regel als Leihe oder wenigstens als ein der Leihe ähnliches Vertragsverhältnis zu behandeln ist, auch wenn sie nur für kurze Zeit und auf jederzeitigen Widerruf hingegeben ist[119]). Ergibt aber die Auslegung der Parteierklärungen eine Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung nicht, ist also kein Leihevertrag abgeschlossen, dann kann aber auch das Verhältnis zwischen den beiden Parteien nicht mehr als das des mittelbaren zum unmittelbaren Besitzer angesehen werden. Denn in diesem Fall fehlt dem Gefälligkeitsempfänger das Recht auf ungestörten Besitz gegenüber dem Gefälligen. Er kann zwar von der Sache den vereinbarten Gebrauch machen. Wenn der Gefällige sie aber zurückverlangt, muß er sie sofort wieder zurückgeben[120]). Er hat kein Recht auf weiteren Gebrauch. Denn der Gefällige ist unmittelbarer Besitzer geblieben[121]). Gefälligkeiten dieser Art kommen im täglichen Leben sehr häufig vor. Jemand überläßt seinem Nachbarn im Theater sein Programm, seinen Operngucker, in der Eisenbahn einem Mitreisenden sein Kursbuch, einer Dame seinen Sitzplatz. Das österreichische Gesetzbuch (§ 974 GB) bezeichnet solche Fälle als Bittleihe[122]).

Die einen[123]) sehen in dem Verhältnis zwischen den Parteien einen obligatorischen Vertrag; sie nehmen also Leihe an. Das entspricht aber der Verkehrsanschauung keineswegs. Im täglichen Verkehr wird kaum jemand der Meinung sein, daß der Gefällige zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet ist. Jeder Gefälligkeitsempfänger wird sich bewußt sein, daß er dem Gefälligen auf dessen Verlangen die Sache jederzeit zurückgeben muß. Wer sich im Theater von seinem Nachbarn das Programm, in der Eisenbahn das Kursbuch hat geben lassen, kann nicht einwenden, er habe das Programm noch nicht durchgesehen, seine Züge noch nicht zusammengestellt. Würde man in diesen Fällen einen Leihevertrag annehmen, so könnte der Entleiher diese Einwendungen geltend machen, da sich aus dem Zweck die Dauer der Leihe ergibt (§ 604 II BGB). Da der Gefälligkeitsempfänger nach dieser Ansicht Besitzer ist, so würde der Gefällige Besitzstörer sein, wenn er ihm die Sachen wegnehmen wollte. Er hätte nur einen obligatorischen Anspruch. Und das entspricht wohl kaum der Verkehrsauffassung. Um in diesen Fällen unbillige Ergebnisse zu vermeiden, hat man dem Gefälligen ein sehr

---

[118]) RG. Recht 1913, Nr. 2275.
[119]) Prot. II, S. 276; Oertmann, Vorbem. 1a vor § 598; Planck, Vorbem. III vor § 598; s. auch OVG., in DJZ. 1904, S. 512.
[120]) Bremen, HGZ., Beibl. 1911, Nr. 96.
[121]) v. Jhering, S. 506 ff; 512 ff.
[122]) Vgl. v. Schey, §§ 36/37.
[123]) Krückmann, Bl. f. R. 74, S. 114; Hempfing, S. 11 ff.; Wichers, S. 37 ff.

weitgehendes Kündigungsrecht eingeräumt[124]), das aber diesem Mangel nicht abhelfen kann. Die Ansicht Krückmanns[125]) ist daher abzulehnen, der Leihe annimmt, wenn man einem Gast einen Stuhl zum Platznehmen anbietet, ein Glas Wein vorsetzt, Teller und Bestecke beim Essen zur Verfügung stellt[126]). Der Verkehr sieht darin keine Vereinbarung über eine rechtliche Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung. Diese Fälle unterscheiden sich doch ganz erheblich von denen, wo jemand einem andern zu einer Festlichkeit einige Stühle oder Weingläser überläßt. Darin sind Leiheverträge zu erblicken[127]), da der Gefälligkeitsempfänger die ihm übergebenen Sachen selbständig nach seinen Intentionen gebrauchen kann[128]).

Andere[129]) sehen in solchen Fällen in dem Verhältnis zwischen dem Gefälligen und dem Gefälligkeitsempfänger das eines Besitzherrn zum Besitzdiener. Zur Annahme einer Besitzdienerschaft genüge „das objektive Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses“[130]), kraft dessen derjenige, der die tatsächliche Gewalt für einen andern ausübt, den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat. Maßgebend sei also nur das soziale Abhängigkeitsverhältnis[131]). Auch bei bloßen Gefälligkeitsakten sei ein solches Verhältnis anzunehmen[132]). Dem kann aber nicht zugestimmt werden. Diese Gefälligkeitsakte fallen nicht unter den § 855[133]). Denn darin liegt doch gerade die Eigentümlichkeit dieser Bestimmung, daß jemand als Besitzer angesehen wird, der die tatsächliche Gewalt nicht hat. In den hier erörterten Fällen, die von v. Jhering[134]) als „momentane Detentionsverhältnisse“, von Fr. Leonhard[135]) genauer als „beaufsichtigte Inhabung“ bezeichnet werden, liegt aber eine tatsächliche Gewalt des Besitzherrn vor. Die tatsächliche Gewalt ist ihm nicht verloren gegangen, da der Gefälligkeitsempfänger die Sache nur unter seinen (des Besitzherrn) Augen, unter seiner Aufsicht inne hat. Der Besitzherr hat die tatsächliche Gewalt behalten. Seinen Anweisungen ist der Gefälligkeitsempfänger unmittelbar unterworfen[136]). Das jederzeitige Widerrufsrecht des Gefälligen ergibt sich also nicht aus § 855 BGB, sondern daraus, daß der Gefällige noch die tatsächliche Gewalt hat. Trotz-

---

[124]) Geigel, Bl. f. R. 77, S. 42/43; Rathey, S. 22.
[125]) Bl. f. R. 74, S. 114/15.
[126]) Vgl. auch v. Blume, Recht 08, S. 652; v. Jhering, S. 506 ff., 512 ff.
[127]) So richtig Krückmann, Bl. f. R. 74, S. 114/15.
[128]) Vgl. Hinrichs, S. 34 ff.
[129]) Kuhlenbeck, JW. 04, S. 228; Staudinger, Vorbem. 3 vor § 598 u. § 855 II, 3a u. b; Zabel, S. 98 ff.
[130]) Staudinger, § 855 II, 3b.
[131]) Staudinger, § 855 II, 3a.
[132]) Staudinger, § 855 II, 3a u. b; Strohal, Jher. J. 38, S. 5 ff., 11 ff.; RGRK. § 855, 5.
[133]) Fr. Leonhard, Vertretung, S. 65; Biermann, § 855, 2; Last, Jher. J. 63, S. 113, 116.
[134]) S. 512 ff.
[135]) Lehrbuch, S. 116.
[136]) Fr. Leonhard, Vertretung, S. 63 ff.; Biermann, § 855, 2; Hölder, Kr. V. J. Sch. 38, S. 411; Kohler, Bürg. A. 18, S. 82; Last, Jher. J. 63, S. 113.

dem ist dieses Verhältnis zwischen den Parteien kein tatsächliches. Diese Gefälligkeiten bleiben keinesfalls außerhalb der Rechtssphäre. In der Übergabe der Sache an den Gefälligkeitsempfänger liegt die Einwilligung des Gefälligen, daß der Gefälligkeitsempfänger die Sache gebrauchen darf. Obwohl der Gefälligkeitsempfänger in die Rechtssphäre des Gefälligen eingreift, handelt er nicht widerrechtlich, da die Einwilligung die Widerrechtlichkeit ausschließt. In der Einwilligung liegt die Gefälligkeit. Sobald der Gefällige die Sache von dem Gefälligkeitsempfänger zurückverlangt, muß er sie zurückgeben, da der Gefällige unmittelbarer Besitzer geblieben ist. Er kann ihm die Sache mit Gewalt wegnehmen, da dieser ihn mit dem Augenblick des Widerrufs der Einwilligung im Besitze stört und in verbotener Eigenmacht handelt.

Wenn es dem Gefälligkeitsempfänger bei einer Gefälligkeitsleistung durch unentgeltliche zeitweilige Überlassung nicht nur auf die Gestattung des Gebrauchs, sondern vor allem auf die sorgfältige Aufbewahrung einer Sache ankommt, so haben wir in der Regel einen Verwahrungsvertrag vor uns. Wie der Leihevertrag ist der Verwahrungsvertrag regelmäßig ein Realvertrag. Nicht erforderlich ist, daß der Verwahrer die Sache wirklich besitzt, sondern es genügt, wenn er in der Lage ist, sie zu bewachen[137]). Gegenstand des Verwahrungsvertrages sind nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes (§ 688) nur bewegliche Sachen. Bei unbeweglichen Sachen wird das Vertragsverhältnis meist als Auftrag zu behandeln sein.

Wenn jemand aus Gefälligkeit für seinen auf einer Sommerreise befindlichen Freund dessen Wertsachen während dieser Zeit bei sich aufbewahrt, ein Vermieter die Obhut über die von seinem ausziehenden Mieter zurückgelassenen Sachen übernimmt[138]), so liegt ganz sicher ein Verwahrungsvertrag vor[139]). Der Gefällige wird durch diesen Vertrag verpflichtet, die ihm von dem Gefälligkeitsempfänger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren. Zur Aufbewahrung gehört die Stellung eines Raumes und die erforderliche Obhut[140]). Die Obhutspflicht kann gemäß §§ 157, 242 zwecks Erhaltung der hinterlegten Sache eine Betätigungspflicht des Verwahrers in sich schließen, z. B. die in Verwahrung genommenen Blumen zu begießen, die Tiere zu füttern[141]). Aus der Obhutspflicht kann im konkreten Falle sogar die Verpflichtung folgen, von der hinterlegten Sache Gebrauch zu machen, z. B. das in Verwahrung genommene Pferd auszureiten, damit es nicht steif wird[142]).

Die Pflicht zur Verwahrung muß die Hauptleistung des Vertrages sein. Kein Verwahrungsvertrag liegt vor, wenn die Pflicht zur Aufbewahrung nur eine unselbständige Nebenleistung in an-

[137]) Fr. Leonhard, Lehrb., S. 95.
[138]) RG. Recht 1921, Nr. 2789.
[139]) Vgl. München, OLG. 28, S. 207; RG. Recht 1920, Nr. 2378.
[140]) Enneccerus I, 2 § 389, 3; Oertmann, Vorbem. 6a vor § 688.
[141]) Staudinger, § 688, 3a.
[142]) Staudinger, § 688, 3a; § 692, 4; Mot. II, S. 576, 571.

deren Rechtsverhältnissen ist, wie z. B. dem Leihe- und Auftragsvertrage[143]). In solchen Fällen gelten die Vorschriften über den Hauptvertrag, die Bestimmungen über den Verwahrungsvertrag höchstens erst in zweiter Linie. Von Bedeutung ist dies besonders für den Umfang der Haftung[144]).

Verpflichtet sich jemand, lediglich einen Raum zum Unterstellen von Sachen zu gewähren, dann liegt kein Verwahrungsvertrag, sondern ein Leihevertrag vor. Der Unterschied liegt, wie schon oben erörtert, im wirtschaftlichen Zweck des Vertrages.

Wenn ein Gastwirt seiner Landkundschaft ein Zimmer zur Verfügung stellt, wo sie ihre Reisepelze, Pferdedecken und eingekauften Gegenstände niederlegen kann[145]), oder wenn er seinen Verkehrsgästen Ställe überläßt, wo sie ihre Pferde einstellen können, dann liegt in diesen Fällen ein obligatorischer Vertrag vor. Ist dieser Vertrag aber ein Verwahrungsvertrag? Diese Frage ist zu verneinen[146]). Denn der Gastwirt hat durch die Überlassung des Zimmers und der Ställe keine Obhutspflicht übernommen; er hat sich eben nur verpflichtet, den vertragsmäßigen Gebrauch eines Raumes zu gestatten. Unverständlich ist es, wenn in diesem Falle das Reichsgericht[147]) einen Vertrag eigener Art konstruiert. Das Reichsgericht begründet seine Ansicht damit, es würde nicht nur der Gebrauch des Stalles gestattet, sondern der Gastwirt hätte auch dafür einzustehen, daß der Stall überhaupt zur Aufnahme von Pferden geeignet sei. Hierbei würde er nach den allgemeinen Bestimmungen (§§ 276, 278) zu haften haben. Eine so strenge Haftung des Gastwirtes für die unentgeltliche Gestattung des Gebrauchs von Ställen ist aber keineswegs gerechtfertigt. Man muß außer der Unentgeltlichkeit der Überlassung doch auch berücksichtigen, daß diesen Räumen, da sie nicht zur Aufnahme von Menschen bestimmt sind, keine so große Sorgfalt und Aufmerksamkeit gewidmet wird wie den für Menschen bestimmten Räumen. Kleinere Mängel werden daher oft längere Zeit bestehen als in anderen Räumen, sodaß der Verkehrsgast damit rechnen muß, daß nicht alles in bester Ordnung ist, und als vorsichtiger Tierhalter verpflichtet ist, sich den Stall vorher anzusehen[148]). Ganz unhaltbar ist es, wenn einige Oberlandesgerichte[149]) im vorliegenden Falle ein rein tatsächliches Verhältnis annehmen, weil die Parteien keine Vertragspflichten übernehmen. Der Gastwirt hat sehr wohl Pflichten übernommen, was ja auch das Reichsgericht[150]) erkannt hat. Der Gastwirt hat sich verpflichtet, den ver-

[143]) Oertmann, Vorbem. 6d vor § 688; Cosack I, S. 619; Planck, Vorbem. I vor § 688; RG. Warn. 1910. Nr. 246; LZ. 1923, Sp. 276, 600; Mot. II, S. 570.

[144]) Prot. II, S. 393.

[145]) RG. 105, S. 202.

[146]) Vgl. aber München, OLG. 36, 98.

[147]) RG. Recht 1910, Nr. 2490 = JW. 1910, S. 750; auch Augsburg, OLG. 36, S. 96; München, OLG. 28, S. 211; Kiel, OLG. 28, S. 213.

[148]) Vgl. Schwarz, Bl. f. R. 75, S. 65.

[149]) KG. u. Kiel in OLG. 18, S. 26 u. 28; s. auch Hinrichs, S. 54.

[150]) a. a. O., s. auch Braunschweig in DJZ. 1904, S. 224; Stuttgart in DJZ. 1905, S. 176.

tragsmäßigen Gebrauch des Raumes zu gestatten. Die Berechtigten haben die Pflicht, von der Sache keinen vertragswidrigen Gebrauch zu machen und sie nach dem Gebrauch wieder zurückzugeben. Es liegt also Platzleihe vor[151]). Ein Verwahrungsvertrag liegt natürlich dann vor, wenn der Gastwirt die Obhut über die Pferde ausdrücklich übernimmt[152]). Ebenso liegt Platzleihe und nicht Verwahrung vor, wenn A von B Waren kauft, die B in einem Speicher lagern hat, und B dem A gestattet, die Waren noch einige Zeit in dem Speicher zu lagern. B übernimmt in diesem Nebenabkommen nicht die Pflicht, die Waren aufzubewahren, sondern verpflichtet sich nur, dem A den vereinbarten Gebrauch des Speichers zu gestatten[153]).

Von den hier behandelten Verwahrungsverträgen, die eine rechtliche Verpflichtung des Gefälligen begründen, sind aber die Fälle scharf zu unterscheiden, in denen jemand ohne Übernahme einer Verwahrungspflicht die Niederlegung einer Sache auf seinem Platze duldet[154]). Nach einer Ansicht[155]) gehört hierher auch der Fall, wo jemand seinem eingeladenen Gast den Kleiderständer auf dem Flur zum Ablegen des Mantels zur Verfügung stellt. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Auch in diesem Falle liegt ein Verwahrungsvertrag vor. Der Gastgeber ist zur Obhut rechtlich verpflichtet. Von besonderer Bedeutung ist dies bei der Frage nach der Haftung für die Gehilfen[156]).

Eine große Rolle unter den Gefälligkeiten spielen im täglichen Leben die Gefälligkeiten, die in Dienst- und Werkleistungen bestehen. Verpflichtet sich jemand, gegen Entgelt einen Dienst zu leisten oder ein Werk herzustellen, so haben wir es mit einem im BGB eingehend geregelten Dienst- oder Werkvertrag zu tun. Wenn diese Dienst- und Werkleistungen unentgeltlich erfolgen, so könnte es zweifelhaft sein, welche Vorschriften anzuwenden sind. Von den im BGB aufgestellten Typen käme der Auftrag in Frage. Und in der Tat werden auf die aus Gefälligkeit erwiesenen unentgeltlichen Dienst- und Werkleistungen in der Hauptsache die Bestimmungen über den Auftrag anzuwenden sein, allerdings nur unter der Voraussetzung, daß eine rechtliche Verpflichtung zwischen den Parteien entstanden ist, es sich also nicht nur um eine Gefälligkeit nichtrechtlicher Natur handelt, die keine Verpflichtung begründen sollte[157]). Doch ist diese Frage sehr bestritten. Das hängt mit dem alten Streit über den Begriff der Geschäftsbesorgung im Sinne des § 662 BGB zusammen.

Die einen verstehen unter „Geschäftsbesorgung" nur ein rechtsgeschäftliches Handeln. Gegen diese Ansicht spricht die Verkehrs-

---

151) Vgl. auch Königsberg, Seuff. Arch. 59, Nr. 253.
152) Hamburg, OLG. 22, S. 330.
153) RG. in Gruch. 58, S. 1067; Hamburg, Seuff. Arch. 37, Nr. 305.
154) Oertmann, Vorbem. 6c vor § 688; v. Jhering, S. 419 ff.; Danz., Jher. J. 38, S. 478.
155) Hinrichs, S. 49 ff.
156) Wie hier Krückmann, Bl. f. R. 74, S. 114/115.
157) S. auch Planck, § 662, 2.

auffassung, die auch in der Übernahme von tatsächlichen Verrichtungen einen Auftrag erblickt.

Nach der herrschenden Meinung ist der Begriff der Geschäftsbesorgung im Sinne des § 662 sehr weit zu fassen. Unter „Geschäftsbesorgung" habe man nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche Leistungen zu verstehen. Was aber alles unter „tatsächliche Leistungen" fällt, ist sehr streitig. Am meisten wird wohl die Auffassung vertreten, daß unter den Begriff der Geschäftsbesorgung nur die rein tatsächlichen Handlungen fallen, die von wirtschaftlichem Interesse sind[158]). Danach hat also nur ein bestimmter Kreis von Dienst- und Werkleistungen den Charakter einer Geschäftsbesorgung. Wer dieser Ansicht beitritt, muß anerkennen, „daß die nicht auf Geschäftsbesorgung gerichteten unentgeltlichen Dienstleistungen überhaupt nicht geregelt seien"[159]). Da aber diese Fälle unverkennbar eine erhebliche Verwandtschaft mit dem Auftrag aufweisen, so würden die §§ 662 ff. auf derartige Fälle analoge Anwendung finden können[160]). Andere[161]) rechnen zu den tatsächlichen Leistungen alle tatsächlichen Handlungen, sofern sie nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen. Und diese Ansicht dürfte die richtige sein. Alle tatsächlichen Leistungen können Gegenstand des Auftrages sein, wenn nur überhaupt eine rechtliche Verpflichtung zwischen den Parteien entstehen sollte, also auch alle Verrichtungen, die Gegenstand von Dienst- und Werkleistungen sein sollen. Sonst würde für rein tatsächliche Leistungen jede Regelung fehlen, und man müßte die Vorschriften über den Auftrag doch analog anwenden[162]). Haben sich die Parteien über eine Geschäftsbesorgung in diesem Sinne geeinigt und übernimmt der Gefällige die rechtliche Verpflichtung zu einer solchen Hilfeleistung, dann liegt ein Auftrag im Sinne des Gesetzes vor. Wesentlich ist in allen Fällen die rechtliche Verpflichtung des Gefälligen, die allerdings oft erst durch Auslegung der Parteierklärungen zu ermitteln sein wird.

Wenn es jemand auf Bitten eines Freundes übernimmt, für diesen Einkäufe zu besorgen, auf der Post 100 Mark einzuzahlen, eine Sängerin verspricht, auf einem Wohltätigkeitsfest unentgeltlich mitzuwirken[163]), ein Arzt einen kranken Freund unentgeltlich behandelt, ein Lehrer den Kindern eines guten Bekannten unentgeltlich Nachhilfestunden erteilt, jemand Kriegsblinden unentgeltlich vorliest, so liegt hier immer eine Geschäftsbesorgung vor, wenn auch in einigen Fällen die versprochene Tätigkeit nur eine rein tatsächliche Handlung darstellt. Oft wird allerdings in diesen und

---

[158]) Staudinger, § 675, 2b; RGRK., Vorbem. 2 vor § 662.
[159]) Oertmann II, S. 781; Lenel, Jher. J. 44, S. 35.
[160]) Oertmann II, S. 781; Crome, § 253 II; OLG. 12, S. 84.
[161]) Enneccerus I, 2, § 380 I, 3; Fr. Leonhard, Lehrb., S. 93; Planck, Vorbem. II vor § 662.
[162]) Enneccerus, I, 2, § 380, Anm. 5; Planck, Vorbem. II vor § 662.
[163]) Rosenthal, Anhang, S. 65.

ähnlichen Fällen kein obligatorischer Vertrag vorliegen, weil eine rechtliche Verpflichtung fehlt[164]). Eine rechtliche Bindung wird immer dann anzunehmen sein, wenn der Gefällige weiß, daß dem Gefälligkeitsempfänger viel an seiner Dienstleistung liegt, oder wenn er erkennen muß, daß bei mangelhafter Ausführung der übernommenen Tätigkeit ein erheblicher Schaden entstehen kann[165]). Die Abgrenzung wird oft recht schwierig sein.

Wenn ein Landwirt aus Gefälligkeit einem Nachbarn verspricht, ihm an einigen Tagen der nächsten Wochen bei der Ernte oder beim Dreschen unentgeltlich zu helfen, so ist er verpflichtet, diesem Versprechen nachzukommen. Es liegt ein schuldrechtlicher Vertrag vor. Da unter „Geschäftsbesorgung" im Sinne des § 662 auch jede rein tatsächliche Leistung zu verstehen ist, so haben wir einen Auftrag vor uns. Anderer Meinung ist das Oberlandesgericht Bamberg[166]), das in diesem Falle, da keine Geschäftsbesorgung, sondern eine Arbeitsleistung des Gefälligen Gegenstand des Vertrages sei, einen Vertrag eigener Art annimmt, auf den die §§ 611 ff. (Dienstvertrag) entsprechend anzuwenden seien[167]). Verspricht ein Gutsnachbar einem ins Feld rückenden Gutsbesitzer, auf dessen Anwesen nach dem Rechten zu sehen und dessen auf dem Gute zurückgebliebenen Frau Rat und Hilfe zu erteilen, so liegt in Ermangelung bestimmter Abmachungen über die Art und den Umfang einer derartigen Hilfeleistung keine bindende Verpflichtung vor[168]). Ein anderer Fall, dessen rechtliche Beurteilung sehr streitig ist. A übergibt seinem Freund B einen Brief, der wichtige Mitteilungen enthält, zum Einwurf in den nächsten Postbriefkasten. B vergißt den Brief und wirft ihn erst 14 Tage später in den Postbriefkasten. Der Brief erreicht den Empfänger zu spät, sodaß A großen Schaden erleidet. Hätte B den wichtigen Inhalt des Briefes gekannt, dann wäre zweifellos ein obligatorischer Vertrag zustandegekommen, der sich als Auftrag darstellt[169]). Zweifelhaft mag es sein, wenn dem B der wichtige Inhalt des Briefes nicht bekannt gewesen wäre. Ausdrücklich ist eine rechtliche Bindung nicht erklärt worden, in den Willenserklärungen ist sie nicht zum Ausdruck gekommen. Ebensowenig läßt aber auch das Verhalten des B erkennen, daß er sich nicht rechtlich binden wollte. Ob eine rechtliche Verpflichtung begründet werden sollte oder nicht, ist daher durch Auslegung nach §§ 157, 242 BGB zu ermitteln. Danach sollen bei der Auslegung Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte maßgebend sein. Was unter Treu und Glauben zu verstehen ist, bestimmt das Gesetz nicht. Man wird auch kaum eine erschöpfende allgemeine Formel dafür finden, da man den Begriff

[164]) Oertmann II. S. 781; Staudinger, § 662. 2a.
[165]) Vgl. auch Sugg, S. 14/15; Lucas, S. 52.
[166]) OLG. 12, S. 84.
[167]) Vgl. Wichers, S. 59.
[168]) Ebenso Rostock, OLG. 40, S. 320.
[169]) Staudinger, § 662, 2a; Sugg, S. 15.

viel leichter gefühlsmäßig erfaßt[170]). Man dürfte wohl unter Treu und Glauben am besten die „unparteiische Abwägung der beiderseitigen Interessen“[171]) verstehen. Bei der Auslegung nach Treu und Glauben soll aber auch die Verkehrssitte berücksichtigt werden. Verkehrssitte ist die „den (Geschäfts-)Verkehr beherrschende tatsächliche Übung“[172]). Wenn man sich streng an den Wortlaut des § 157 BGB halten würde, so wäre die Verkehrssitte nur neben Treu und Glauben zu berücksichtigen. Damit würde die Auslegung nach Treu und Glauben gewissermaßen nur eingeschränkt, eine „ideologische Überspannung des Treu- und Glauben-Prinzips“[173]) vermieden. In diesem Falle haben wir aber keine gesetzliche Vorschrift, die ganz allgemein die Feststellung der Verkehrssitte fordert. Nach einer anderen Ansicht[174]) ist Treu und Glauben so zu verstehen, daß die Verkehrssitte redlich sein müsse. Aber hiernach müßte es in § 157 BGB lauten: „die Verkehrssitte mit Rücksicht auf Treu und Glauben“[175]). Fr. Leonhard[175]) macht ganz richtig darauf aufmerksam, „daß 'Treu und Glauben' eine allzuwörtliche Übersetzung der römischen bona fides ist und wie diese jede freie Auslegung bedeutet“. Damit wird es uns möglich, ganz allgemein die Beachtung der Verkehrssitte zu fordern. Die Verkehrssitte ist auch dann zu beachten, wenn die Parteien sie nicht gekannt oder gewollt haben[176]). Bei Zugrundelegung dieser Gesichtspunkte wird man die rechtliche Bindung des B bejahen müssen. Nicht nur dann, wenn jemandem der wichtige Inhalt eines Briefes bekannt ist, verpflichtet er sich, ihn richtig zu besorgen, sondern zum mindesten auch dann, wenn er nicht genau weiß, daß der Brief keine wichtigen Mitteilungen enthält, daß sein Inhalt völlig belanglos ist. Denn jeder, der die Besorgung eines Briefes übernimmt, wird sich sagen müssen, daß der Brief sehr wichtige Mitteilungen enthalten könnte. Übernimmt jemand die Besorgung eines Briefes, so wird man nach Treu und Glauben annehmen müssen, daß sich der Gefällige rechtlich verpflichten will, den Brief pünktlich zu besorgen. Will er diese Verpflichtung nicht übernehmen, dann steht es ihm frei, den Antrag auf Abschluß des Vertrages abzulehnen oder Widerspruch gegen den Anschein seines Verhaltens zu erheben. Dazu ist er nach Treu und Glauben verpflichtet. Sollte man nur deswegen, weil diese Vereinbarung aus Gefälligkeit und nicht aus geschäftlichen Erwägungen entsprungen ist, eine rechtliche Bindung verneinen?[177]). Man wird also eine rechtliche Verpflichtung des B annehmen müssen. Wenn auch B sich in Wirklichkeit nicht hat ver-

[170]) Oertmann, § 242, 2b.
[171]) Schneider, S. 107, 131, 132.
[172]) RG. 49, S. 162.
[173]) Oertmann, RO. und V., S. 345; Prot. I, S. 625; Staudinger, § 242 I.
[174]) Enneccerus I, 1, § 193, Anm. 15.
[175]) Fr. Leonhard, Ziv. A. 120, S. 56.
[176]) So die h. M. s. Fr. Leonhard, Ziv. A. 120, S. 57, und die dort angegebene Literatur.
[177]) Vgl. Jung, Ziv. A. 117, S. 57; RG. Recht 1921, Nr. 1313.

pflichten wollen — in seiner Erklärung ist dies nicht zum Ausdruck gekommen —, so muß er sich dennoch so behandeln lassen, als ob er den Verpflichtungswillen gehabt hätte. B ist an der äußerlich erkennbaren Willenserklärung festzuhalten, er muß seine Erklärung so gegen sich gelten lassen, wie A sie nach Treu und Glauben verstehen durfte[178]). Die Verkehrssicherheit und das Rechtsbewußtsein erfordern diese Auslegung. Falls B den rechtlichen Verpflichtungswillen nicht gehabt haben sollte, liegt ein Irrtum im Sinne des § 119 I BGB vor. Denn wenn in § 119 vorausgesetzt wird, daß der Erklärende eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, so ist diese Voraussetzung sowohl in dem Falle gegeben, wo der Erklärende überhaupt keine Erklärung abgeben wollte wie in dem Falle, wo er eine Erklärung anderen Inhalts abgeben wollte[179]). Auch bei stillschweigenden Willenserklärungen, wie sie sehr oft bei Gefälligkeitsleistungen vorkommen werden, steht dem nichts im Wege, ihre Anfechtung zuzulassen, da sie echte Willenserklärungen sind[180]). B müßte aber dem A gemäß § 122 BGB das Aufklärungsinteresse ersetzen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, daß in diesem Falle und in ähnlichen Fällen der Schadensersatzpflichtige gegen den Schadensersatzanspruch des Berechtigten den Einwand des mitwirkenden Verschuldens wird geltend machen können, weil der Gefälligkeitsempfänger es unterlassen hat, den Gefälligen auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, der durch die nicht ordnungsmäßige Besorgung der Gefälligkeitsleistung entstehen konnte[181]).

Oft werden im täglichen Leben aus Gefälligkeit einem andern auch Dienstleistungen erwiesen, ohne daß der Gefälligkeitsempfänger etwas davon weiß, ja selbst gegen seinen Willen. Es ist dies der Fall der Geschäftsführung ohne Auftrag. Wie beim Auftrag kann die Geschäftsbesorgung auch hier rechtlicher oder nur tatsächlicher Natur sein. Jemand weiß, daß sein Freund ein eifriger Briefmarkensammler ist. Er hat Gelegenheit, ein sehr seltenes Exemplar zu kaufen und ersteht es für seinen Freund, ohne von ihm beauftragt zu sein. Jemand frankiert den Brief, den sein Zimmergenosse auf dem Schreibtisch vergessen hat, und von dem er weiß, daß er abgesandt werden sollte, und wirft ihn in den Briefkasten. Oder jemand ladet seinen bezechten, sich heftig sträubenden Freund in einen Kraftwagen und läßt ihn nach Hause fahren. In allen diesen Fällen besorgt der Gefällige für einen andern ein Geschäft, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein. Es sind die Vorschriften der §§ 677 ff. BGB an-

---

[178]) RG. 96, S. 276.

[179]) Biermann, § 69, 1a; Manigk, Irrtum, S. 212, 242 ff., früher a. M., WE. u. WG., S. 184; a. M. Oertmann I, S. 390.

[180]) Manigk, WE. u. WG., S. 295; RGRK. § 119, 1; RG. 58, S. 84; 103, S. 401.

[181]) Über Gefälligkeitsleistungen, welche die Rechtsprechung beschäftigt haben, siehe RG. Recht 1907, Nr. 1818; 1914, Nr. 1092; 1921, Nr. 1313; LZ. 23, Sp. 275; Rostock, Recht 1920, Nr. 3098; Stuttgart, Recht 1907, Nr. 868.

zuwenden. Entspricht die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Gefälligkeitsempfängers, so kann der Gefällige Ersatz aller Auslagen verlangen, wenn auch die Geschäftsbesorgung aus verwandtschaftlichen oder freundschaftlichen Motiven erfolgt ist.

In diesem Teil der Arbeit ist auch der sog. „Gefälligkeitsbeförderungsvertrag" zu behandeln, dessen rechtliche Natur äußerst bestritten ist. Wissenschaft und Praxis haben sich mit ihm beschäftigt. Eine Einigkeit, selbst in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, ist jedoch nicht erzielt worden. Wie bei allen Gefälligkeitsleistungen, so wird man auch hier davon auszugehen haben, daß für die rechtliche Beurteilung einer solchen Gefälligkeitsleistung die besonderen Umstände des einzelnen Falles maßgebend sind[182]). Wann ein Vertrag vorliegt und welcher Art er gegebenenfalls ist, läßt sich nicht generell beantworten. Wie schon oben[183]) erörtert, ist die Rechtsprechung des Reichsgerichts in dieser Frage nicht einheitlich gewesen. Teils lehnt es einen Vertrag ab, teils vertritt es den Standpunkt, daß es sehr wohl ein gültiger Vertrag sein könne, wenn jemand einen anderen auf seinem Wagen mitfahren läßt. Andere[184]) sehen in der Gestattung des Mitfahrens auf einem Wagen immer einen Vertrag.

Wenn A es übernimmt, Pakete seines Nachbarn B in die Stadt unentgeltlich mitzunehmen, da er ohnehin in die Stadt fahren müsse, so ist ein obligatorischer Vertrag zustandegekommen. Wäre der Vertrag gegen Entgelt abgeschlossen, so läge ein Werkvertrag vor. Da das Versprechen unentgeltlich abgegeben ist und die Hilfeleistung des A eine Geschäftsbesorgung im Sinne des § 662 ist, so stellt das Verhältnis zwischen A und B einen Auftrag dar[185]).

Verspricht A, den B unentgeltlich zur Bahn zu fahren, so ist ebenfalls ein obligatorischer Vertrag zur Entstehung gekommen. A hat sich zu einer Werkleistung verpflichtet. Er ist verpflichtet, den B zur Bahn zu fahren. Das Rechtsverhältnis ist ein Auftrag[186]). Wenn A den B zu einer Spazierfahrt in seinem Auto eingeladen hat, so wird B nicht verlangen können, daß A nun auch wirklich mit ihm die Fahrt unternimmt. Ein schuldrechtlicher Vertrag, der A zur Erfüllung seines Versprechens verpflichtet, kommt durch eine solche Abrede nicht zustande. Befinden sie sich aber auf der Fahrt, so ist A verpflichtet, den B nach dem Ausgangspunkt der Fahrt zurückzubefördern[187]). Insoweit besteht nach dem Beginn der Fahrt eine Beförderungspflicht des A. Es könnte vielleicht zweifelhaft sein, wie dieser Vertrag rechtlich zu beurteilen ist. Leihe liegt

---

[182]) Vgl. Planck, § 833, 4b; Hinrichs, S. 60 ff.; Lucas, S. 57 ff; Sugg, S. 14/15.
[183]) S. o. § 3.
[184]) Jung, Ziv. A. 117, S. 56/57; Hempfing, S. 6 ff.; Rathey, S. 11/12; Wichers, S. 22 ff.
[185]) RG. LZ. 23, Sp. 275; Recht 1921, Nr. 1313.
[186]) a. M. Jung, Ziv. A. 117, S. 61, weil keine Geschäftsbesorgung vorliege. Er nimmt einen unbenannten Vertrag an.
[187]) Vgl. auch Hinrichs, S. 62.

nicht vor, da der Hauptzweck des Vertrages die Spazierfahrt, also eine Dienstleistung ist, nicht die Gebrauchsüberlassung eines Platzes im Auto; ebensowenig Schenkung, da keine Vermögensminderung des Gefälligen eingetreten ist. Da eine Dienstleistung Gegenstand des entstandenen Vertrages ist, so sind die Bestimmungen über den Auftrag anzuwenden. Nach § 671 I kann zwar der Vertrag von dem Beauftragten jederzeit gekündigt werden. A wäre also berechtigt, den B jederzeit zum Verlassen des Kraftwagens aufzufordern, wäre aber nach § 671 II schadenersatzpflichtig[188]). Anders beurteilt Lucas[189]) den Fall. Es sei kein genügender Schutz des Gefälligkeitsempfängers, wenn er auf den Schadenersatzanspruch nach § 671 II angewiesen wäre. Die Beförderungspflicht des A nach Beginn der Fahrt, weche die Hauptverpflichtung des A ist, schließe auch eine Nebenverpflichtung des A zur Gebrauchsüberlassung eines Platzes im Auto in sich. Dem von den Parteien beabsichtigten Zweck und Treu und Glauben entspreche es, wenn wir in diesem Falle einen unbenannten Vertrag konstruieren, dessen Rechtsfolgen durch eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über Auftrag und Leihe bestimmt würden. A sei nach dem Beginn der Fahrt gemäß § 662 ff. zur Beförderung verpflichtet; ein Kündigungsrecht stehe ihm aber nur in den Grenzen des § 605 BGB zu. Da nach § 605 die Kündigung an bestimmte Voraussetzungen gebunden sei, so sei die Stellung des Gefälligkeitsempfängers bedeutend günstiger als bei Anwendung des § 671. Eine unzeitige Kündigung des A hätte danach keine Wirkung[190]). Die Konstruktion eines solchen unbenannten Vertrages ist abzulehnen, da die Nebenverpflichtung des A zur Gebrauchsüberlassung eines Platzes im Kraftwagen von der Hauptverpflichtung zur Dienstleistung absorbiert wird[191]). Auch genügt der Schadensersatzanspruch nach § 671 II zum Schutze des Gefälligkeitsempfängers vollkommen, sodaß eine derartige Konstruktion gar nicht erforderlich ist[192]). Soweit also aus Gefälligkeit erwiesene unentgeltliche Dienst- und Werkleistungen eine rechtliche Bindung zwischen den Parteien begründen sollten, sind in der Hauptsache die Bestimmungen über den Auftrag anzuwenden. Eine Verpflichtung zu einer Werkleistung liegt aber nicht vor, wenn ein vorüberfahrender Fuhrwerksbesitzer einem andern gestattet, auf den Wagen zu steigen oder seine Traglast aufzuladen, da der gefällige Fuhrwerksbesitzer keine Verpflichtung übernehmen will, den Fahrgast bis zu einem bestimmten Ort zu fahren. Er überläßt dem Fahrgast nur einen Platz im Wagen zur unentgeltlichen Benutzung. Ebensowenig ist das Verhältnis zwischen den Parteien

---

188) Ebenso Hinrichs, S. 61/62.
189) Lucas, S. 61/62.
190) Ebenda.
191) Vgl. auch Hoeniger, S. 336.
192) Ebenso Hinrichs, S. 61.

nur ein rein tatsächliches[193]). Es finden vielmehr die Vorschriften über die Leihe unmittelbar Anwendung[194]).

Ist nach den oben dargelegten Grundsätzen zwischen den Parteien ein obligatorischer Vertrag über die Leistung einer Gefälligkeit durch dauernde Überlassung von Sachen, durch zeitweilige Überlassung von Sachen oder durch Leistung von Diensten zustandegekommen, so ist der Gefälligkeitsempfänger berechtigt, von dem Gefälligen die Leistung zu fordern (§ 241 BGB). Zwar werden im täglichen Leben oft Gefälligkeitsleistungen versprochen, und das Versprechen wird auch angenommen, ohne daß die Erfüllung des Versprechens später erfolgt. Man hat daraus vielfach geschlossen, teils, daß überhaupt kein Vertrag entstanden sei, teils, daß zwar ein Vertrag entstanden sei, dieser Vertrag aber den Gefälligen nicht verpflichte. Das ist jedoch nicht richtig. Wenn die Leistung ausgeblieben ist, so ist das zum Teil eine rein tatsächliche Erscheinung, welche die Entstehung rechtlicher Verpflichtungen in keiner Weise beeinträchtigt[195]), zum Teil ist es die Rechtsfolge eines Kündigungs- bzw. Widerrufsrechts, das dem Gefälligen nach den Vorschriften des BGB, welche die unentgeltlichen Verträge regeln, zusteht, in Ausnahmefällen sich aus den Grundsätzen von Treu und Glauben in erweitertem Umfang herleiten läßt[196]). Dieses Kündigungs- bzw. Widerrufsrecht des Gefälligen hat den Zweck, die oft nicht der Billigkeit und dem Rechtsbewußtsein entsprechenden schuldrechtlichen Wirkungen eines solchen Vertrages zu mildern. Das Bestehen dieses Kündigungsrechts ist es wohl gewesen, das die irrige Ansicht aufkommen ließ, durch einen solchen Vertrag würde der Gefällige zu einer Leistung nicht verpflichtet. Daß der Gefällige oft berechtigt ist, die Leistung zu verweigern, hat seinen Grund nicht darin, daß der Vertrag keine Verpflichtung begründet hat, sondern erklärt sich daraus, daß der Gefällige den Vertrag gekündigt hat[197]). Gerade dieses Kündigungsrecht weist auf eine Verpflichtung des Gefälligen zur Leistung hin[198]).

Wenn ein Bauer aus Gefälligkeit seinem Nachbarn bei der Ernte hilft, so wird er berechtigt sein, seinen Nachbarn zu verlassen, wenn er seine eigene Ernte vor einem Gewitter schützen will. Er braucht nicht den Einwand gelten zu lassen, daß das Gewitter vorbeiziehen könnte, ohne seine Ernte zu schädigen. Es würde nicht der Billigkeit entsprechen, wenn der Bauer gezwungen wäre, seine Ernte auf dem Felde liegen zu lassen und dem Nachbarn zu helfen, oder wenn er die Folgen des Schuldnerverzugs tragen müßte, falls er trotzdem den Nachbarn verläßt.

---

[193]) So RGRK. § 241,1.
[194]) Wie hier Jung, Ziv. A. 117, S. 57. 59; Krückmann, Bl. f. R. 74, S. 116.
[195]) Vgl. auch Hempfing, S. 33.
[196]) Geigel, Bl. f. R. 77, S. 42/43; Staudinger, II, 2, Einleitung, S. 3.
[197]) Staudinger, II, 2, Einl., S. 3; Geigel, Bl. f. R. 77, S. 43.
[198]) Geigel, Bl. f. R. 77, S. 43.

Dieses Kündigungsrecht steht aber dem Gefälligen nicht schrankenlos zu. Wenn A dem B versprochen hat, ihn zur Bahn zu fahren, damit er noch einen bestimmten Zug erreicht, so ist er nicht berechtigt, den Vertrag einige Kilometer vor der Bahnstation zu kündigen, den Gefälligkeitsempfänger zum Verlassen des Wagens aufzufordern. Durch den Abschluß des Vertrages hat er die Verpflichtung übernommen, seine Gefälligkeitsleistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Wenn er den Vertrag ganz plötzlich kündigt, so verstößt er gegen diesen Grundsatz des BGB. Eine Kündigung würde berechtigt sein, wenn er den Vertrag so rechtzeitig kündigen würde, daß es dem Gefälligkeitsempfänger noch möglich wäre, auf andere Weise den Zug zu erreichen. Ebenso entspricht es aber auch der Billigkeit, daß der Gefällige kündigen kann, wenn z. B. ein Pferd unterwegs irgendwie verletzt wird und daher, um einen noch weit größeren Schaden zu vermeiden, geschont werden muß, sodaß es erforderlich ist, den Wagen zu entlasten. Der Gefälligkeitsempfänger ist verpflichtet, abzusteigen. Der Gefällige ist nicht auf die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Unmöglichkeit angewiesen[199]).

Das Kündigungsrecht des Verleihers ist in den §§ 604, 605 BGB geregelt. Bei Gefälligkeitsleistungen durch zeitweilige Überlassung von Sachen zum Gebrauch wird es gar nicht selten vorkommen, daß die Dauer der unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung weder bestimmt noch aus dem Zwecke zu entnehmen ist, da hierbei oft nur wenige Worte gewechselt werden oder überhaupt gar nichts gesprochen wird. Der Verleiher kann dann die Sache jederzeit zurückfordern (§ 604 III). In anderen Fällen, wenn dem Entleiher ein Recht auf Gebrauch der Sache zusteht, bis die für die Gebrauchsüberlassung bestimmte Zeit verstrichen oder der Zweck der Leihe erreicht ist, darf der Verleiher nur beim Vorliegen der im § 605 angeführten Voraussetzungen unzeitig kündigen.

Noch weiter geht das Kündigungsrecht beim Verwahrungsvertrag. Nach § 696 muß der Hinterleger die Sache jederzeit zurücknehmen, wenn nichts anderes vereinbart ist. Wenn eine Zeit für die Verwahrung bestimmt ist, so kann der Verwahrer aber die Rücknahme der hinterlegten Sache nur verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Der Zweck der Verwahrung wird nicht berücksichtigt.

Ist der Gefällige zu einer Dienst- oder Werkleistung verpflichtet, so kann er den Vertrag jederzeit kündigen. Ohne wichtigen Grund darf er jedoch nicht kündigen, wenn es zur Unzeit geschieht oder wenn er auf das Kündigungsrecht verzichtet hat (§ 671).

Es werden nun auch Fälle vorkommen, die so gelagert sind, daß die Bestimmungen des BGB, die das Kündigungsrecht regeln,

[199]) Krückmann, Bl. f. R. 74, S. 120; Rathey, S. 22.

nicht ausreichen, um zu einem billigen Ergebnis zu gelangen und dem Rechtsbewußtsein gerecht zu werden. Wenn es in diesen Fällen erforderlich ist, die berechtigten Interessen des Gefälligen, der kein Äquivalent für seine Leistung erhält, zu schützen, so geben uns die §§ 157, 242 BGB das Recht, das im BGB geregelte Kündigungsrecht zu erweitern[200]), allerdings nicht schrankenlos. Diese Bestimmungen ermächtigen uns zur Anwendung „jener großen clausula generalis, der Einrede aus entgegenstehendem eigenen Interesse“[201]), die durch die Erwägung gerechtfertigt wird, „daß dem Gefälligkeitsschuldner keine Opfer zugemutet werden dürfen, die in keinem Verhältnis zu dem Vorteil des Gefälligkeitsgläubigers stehen“[201]). Ein solches weitergehendes Kündigungsrecht muß dem Gefälligen mit Rücksicht auf die Unentgeltlichkeit des Vertrages zugebilligt werden.

Es bestehen keine Bedenken, diese Vorschriften über das Kündigungsrecht auch in den Fällen anzuwenden, in denen Gefälligkeiten Gegenstand von Verträgen sind, diese Verträge aber keinen im BGB geregelten Vertrag (Leihe, unentgeltliche Verwahrung, Auftrag), sondern einen Vertrag eigener Art darstellen. Es entspricht durchaus der Billigkeit, daß der Gefällige, der für seine Leistung nichts erhält, sich vielmehr aus reiner Menschenfreundlichkeit zu einer Leistung verpflichtet, die Möglichkeit hat, den Vertrag zu kündigen, wenn seine berechtigten Interessen zu schützen sind. Dieser Schutz des Gefälligen muß bestehen, wenn nicht Menschenfreundlichkeit und Gefälligkeit aus dem täglichen Leben vollkommen schwinden sollen[202]). Andererseits findet aber auch das Interesse des Gefälligkeitsempfängers durch das Verbot einer unbegründeten und unzeitigen Kündigung vor der Willkür des Gefälligen genügenden Schutz[203]).

Die früheren Ausführungen über das Zustandekommen eines obligatorischen Vertrages bei Gefälligkeitsleistungen, seine rechtliche Beurteilung und das Kündigungsrecht des Gefälligen sind besonders wichtig für die Beantwortung der Frage nach der Haftung des Gefälligen. Denn für den Schadensersatzanspruch aus Gefälligkeitsleistungen ist es sehr wesentlich, ob der Gefällige nur aus unerlaubter Handlung oder auch aus Vertrag haftet, da ja der Umfang der Haftung aus Verträgen und unerlaubter Handlung nicht immer gleich ist und auch nicht immer ein gleicher Grad des Verschuldens erfordert wird. Von praktischer Bedeutung ist dies auch für die Verjährung und den Gerichtsstand.

Für die meisten im BGB geregelten „Gefälligkeitsverträge“ hat der Gesetzgeber eine mildere Haftung vorgesehen als bei den entgeltlichen Verträgen. Und diese Regelung entspricht auch durchaus unserem Rechtsempfinden. Wie bei der Kündigung, so war

---

[200]) a. M. Hinrichs, S. 61.
[201]) Krückmann, Bl. f. R. 74, S. 120.
[202]) Vgl. auch Wichers, S. 48.
[203]) Sugg, S. 32; Rathey, S. 22.

auch hier bei der Haftung die Rücksichtnahme auf die Unentgeltlichkeit der Hilfeleistung des Gefälligen entscheidend. Wie der Gefällige berechtigt sein muß, sich von seiner Leistungspflicht durch Kündigung des Vertrages zu befreien, wenn es erforderlich ist, seine berechtigten Interessen zu schützen, ebenso muß der Gesetzgeber ihn vor einer allzu strengen Haftung in Schutz nehmen[204]).

Der Schenker haftet nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 521 BGB). Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keine nähere Bestimmung des Begriffs der groben Fahrlässigkeit. Seine Feststellung kann nur im einzelnen Fall erfolgen. Grobe Fahrlässigkeit wird vorliegen, wenn unter den gegebenen Umständen die Verletzung der Sorgfaltspflicht „als besonders schwer“[205]) erscheint. Ebenso hat der Verleiher nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 599 BGB). Der Gastwirt, der seinen Verkehrsgästen Ställe zum Einstellen ihrer Pferde unentgeltlich überläßt, würde danach haften, wenn z. B. in den Ständen Nägel aus den Wänden herausstecken oder in den Krippen Glassplitter liegen[206]). Der Verwahrer, der die Aufbewahrung einer Sache unentgeltlich übernimmt, hat nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 690 BGB). Doch ist darauf hinzuweisen, daß derjenige, der nur für konkretes Verschulden einzustehen hat, nach § 277 BGB von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit ist. Für den Auftragsvertrag hat der Gesetzgeber keine mildere Haftung vorgesehen. Die §§ 662 ff. BGB machen keine Ausnahme von den allgemeinen Bestimmungen über die Haftung. Wer einem andern eine Gefälligkeit durch Leistung von Diensten erweist, hat also jedes Verschulden zu vertreten. Man sah diese unbeschränkte Haftung des Gefälligen als zu hart an und versuchte daher, diese Unbilligkeit auf die verschiedenste Art und Weise zu beseitigen.

Sehr bedenklich und daher abzulehnen ist die Ansicht[207]), die in dem Abschluß eines „Gefälligkeitsvertrages“ eine stillschweigende Vereinbarung über den Ausschluß der Haftung sieht, ohne daß jedoch irgendeine dahingehende Parteierklärung vorliegt[208]). Die Vertreter dieser Meinung legen hier nicht Willenserklärungen aus, sondern schieben den Parteien willkürlich eine Willenserklärung unter[209]). Beim Abschluß eines „Gefälligkeitsvertrages“ denken die Parteien meistens gar nicht an das Eintreten eines Schadens oder gar an eine Haftpflicht. Hier treffen die Worte Regelsbergers[210]) von dem „Flugsand des konkreten Parteiwillens“ zu, daß nämlich „von

---

[204]) Vgl. Wichers, S. 54.
[205]) Enneccerus I, 1, § 197, II.
[206]) Vgl. Sugg, S. 33.
[207]) Danz, DJZ. 05, S. 383 ff.; Geigel, Bl. f. R. 77, S. 44/45; RG. 65, S. 315; RG. 67, S. 433.
[208]) Vgl. v. Blume, Recht 05, S. 481; 08, S. 650; Schneider, DJZ. 08, S. 219.
[209]) Oertmann II, S. 1109; Fr. Leonhard, Ziv. A. 120, S. 98 ff.; Krückmann, Jher. J. 52, S. 428 ff., 54, S. 107 ff.
[210]) Jher. J. 44, S. 418, 419.

der Jurisprudenz ein Wille hineingeheimnist wird, von dem die Beteiligten keine Ahnung haben". Die Unterstellung einer solchen Vereinbarung wird auch immer in den Fällen versagen, in denen die Parteien nicht geschäftsfähig sind oder der Gefälligkeitsempfänger beschränkt geschäftsfähig ist[211]).

Unhaltbar ist es auch, ganz allgemein die Haftung mit Hilfe des § 254 BGB einzuschränken, indem schon in der Annahme von Diensten ein mitwirkendes Verschulden liegen soll[212]). Wenn man z. B. einen mit Pferden bespannten Wagen besteigt, so müsse man damit rechnen, daß die Pferde durchgehen könnten und man verletzt würde. Mit demselben Recht könnte dann schließlich auch ein Kraftfahrzeughalter einwenden, daß in dem Betreten eines verkehrsreichen Platzes ein Verschulden liege, und daher etwaige Schadensersatzansprüche ablehnen[213]).

Ebensowenig kann auch dem Vorschlag von Sugg[214]) zugestimmt werden, der die Haftung des Gefälligen auf den Grad von Sorgfalt beschränken will, den er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, wenn er sich selbst und gleichzeitig einem anderen unentgeltlich Dienstleistungen erweist. Sugg folgert diese Haftungsbeschränkung aus dem allgemeinen Prinzip des BGB, daß derjenige, der gleichzeitig eigene und fremde Angelegenheiten unentgeltlich besorgt, für die fremden Angelegenheiten nur in dem Grade haften soll wie für eigene. Dieses Prinzip besteht aber im BGB keineswegs[215]). So haftet z. B. der Vormund, der auch gleichzeitig eigene und fremde Angelegenheiten besorgt, für jedes Verschulden (§ 1833 BGB).

Schließlich suchte man durch analoge Anwendung der milderen Haftungsbestimmungen, die das BGB bei den anderen unentgeltlichen Verträgen getroffen hat, Abhilfe zu schaffen[216]). Doch für eine solche Beschränkung der Haftung finden sich im BGB keine Anhaltspunkte, zumal der Auftragsvertrag im BGB eingehend geregelt ist. Im Gegenteil ergibt sich gerade aus dem Schweigen des Gesetzes im Gegensatz zu den ausdrücklichen Bestimmungen bei der Leihe und Schenkung, daß die Regel des § 276 auch auf den Beauftragten anzuwenden ist[217]).

Auf die „Gefälligkeitsverträge" eigener Art werden die Haftungsvorschriften derjenigen Verträge entsprechend anzuwenden sein, denen sie ihrem Wesen nach am nächsten stehen. Die Vertragsparteien können selbstverständlich bezüglich der Haftung Vereinbarungen treffen, sodaß dann die gesetzlichen Vorschriften aus-

---

211) Planck, § 833, 4b.
212) RG. JW. 10, S. 234.
213) Vgl. hierzu Sugg, S. 33 ff.; Wichers S. 55/56.
214) a. a. O., S. 35; auch Zimmermann, JW. 1928, S. 1717.
215) RGRK. § 277; RG. JW. 1913, S. 88; Recht 1910, Nr. 1247; JW 1910, S. 234.
216) Kohler II. S. 390, 498; Soergel, § 276 III. 9; Staudinger II. 2, S. 3; RG.. Bl. f. R. 07, S. 1084; Gesetz und Recht 1912, S. 430; München, LZ. 17, Sp. 1370; Behrend, Recht 1919, S. 291.
217) Vgl. v. Blume, Recht 1908, S. 653.

geschlossen sind. Doch ist es erforderlich, daß solche Vereinbarungen auf dahingehende Willenserklärungen der Parteien gestützt und nicht einfach unterstellt werden.

Erfüllt die Verletzung eines solchen „Gefälligkeitsvertrages" gleichzeitig den Tatbestand einer unerlaubten Handlung im Sinne der §§ 823 ff., so hat der Gefälligkeitsempfänger die Wahl, ob er den Anspruch aus Vertrag oder den Anspruch aus unerlaubter Handlung geltend machen will[218]). Da bei den „Gefälligkeitsverträgen" fast immer eine mildere Haftung besteht, so kann gegen den Gefälligen wegen eines Verhaltens, für das er vertraglich nicht in Anspruch genommen werden kann, auch kein Anspruch aus unerlaubter Handlung erhoben werden[219]). Denn dies sind Spezialbestimmungen, die nach der andern Ansicht fast niemals zur Anwendung kommen könnten[220]).

In der Theorie sehr streitig und in der Praxis nicht immer einheitlich entschieden ist die Frage nach der Haftung des Gefälligen besonders dann, wenn er aus dem Vertrage nur für eine mildere Haftung einzustehen hat, gleichzeitig aber das Gefährdungsprinzip gilt[221]). Es läßt z. B. jemand einen anderen auf seinem Wagen mitfahren. In § 833 BGB ist für den Tierhalter, in § 7 des Gesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. Mai 1909 für den Kraftfahrzeughalter und in § 19 des Luftverkehrsgesetzes vom 1. August 1922 für den Luftfahrzeughalter das Prinzip der Gefährdungshaftung aufgestellt. Es ist zweifelhaft, ob der verletzte Gefälligkeitsempfänger, der vertraglich keinen Anspruch gegen den Gefälligen hat, gegen diesen trotzdem einen Anspruch aus der Gefährdungshaftung geltend machen kann. Für die Haftung des Tierhalters spielt diese Streitfrage nicht mehr eine so große Rolle, seitdem durch die Novelle vom 30. Mai 1908 dem § 833 BGB der Satz 2 hinzugefügt wurde. Hiernach wird eine Haftung des Tierhalters in sehr vielen Fällen nicht mehr in Betracht kommen, weil der Schaden durch ein Haustier verursacht ist, das dem Berufe, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalte des Tierhalters zu dienen bestimmt ist, und entweder der Tierhalter bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde (§ 833 Satz 2). Es werden aber auch immer noch Fälle vorkommen, die nicht unter § 833 Satz 2 BGB fallen[222]). Bei Fahrten im Kraftwagen ist schon durch § 8 Nr. 1 K. F. G. die Gefährdungshaftung ausgeschlossen[223]). Immer besteht diese Streitfrage noch in vollem Umfange, wenn jemand einen andern im Flugzeug unentgeltlich mitfahren läßt und ein obligatorischer Vertrag zwischen

[218]) Vgl. RG. 88, S. 433; RG. 90, S. 408.
[219]) Fr. Leonhard, Lehrb. S. 109; Planck II, 2, S. 1708; Geigel, Bl. f. R. 77, S. 44; RG. 58, S. 410; Recht 1910, Nr. 3916; a. M. Enneccerus I, 2, § 449, Anm. 12.
[220]) Fr. Leonhard, Lehrb. S. 109.
[221]) Planck, Vorbem. III vor § 598.
[222]) Vgl. Hansen, S. 50.
[223]) RG. JW. 26, S. 2534.

den Parteien zustandegekommen ist, da eine gleiche Bestimmung wie § 8 Nr. 1 K. F. G. in das Luftverkehrsgesetz nicht aufgenommen ist[224]).

A verpflichtet sich, den B am nächsten Tage in seinem mit Luxuspferden bespannten Wagen zur Bahn zu fahren. A weiß, daß B dringend verreisen und daher den Zug pünklich erreichen muß. Ein obligatorischer Vertrag ist also zustandegekommen. A hat sich zu einer Werkleistung verpflichtet, auf welche die §§ 662 ff. BGB anzuwenden sind. Wenn nun unterwegs die Pferde ohne Verschulden des A scheuen und B dabei verletzt wird, so kann B aus Vertrag keinen Anspruch gegen A geltend machen. Es würde dem Rechtsempfinden aber auch nicht entsprechen, wenn B nun berechtigt wäre, den Schadenersatzanspruch gegen A auf § 833 Satz 1 BGB zu stützen, da hier das Gefährdungsprinzip gilt. Man hat die verschiedensten Auswege gesucht, um zu einem billigen Ergebnis zu gelangen. Den Anlaß zu diesen Untersuchungen gab die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 54 S. 73 ff. Ein Tierhalter hatte einen andern aus Gefälligkeit im Wagen mitfahren lassen. Die Pferde gingen durch und der Gefälligkeitsempfänger verunglückte, ohne daß den Tierhalter irgendein Verschulden traf. Das Reichsgericht brachte in diesem Falle die strenge Haftung aus § 833 BGB zur Anwendung. Von den aufgestellten Theorien[225]), die diese Härte beseitigen sollten, möchte ich ausdrücklich nur die in der Hauptsache vom Reichsgericht vertretene Ansicht ablehnen, daß die Gefährdungshaftung durch einen stillschweigenden Vertrag der Parteien ausgeschlossen sein soll, auch ohne daß sie überhaupt an einen Unfall gedacht hatten[226]). Wie schon oben ausgeführt, ist eine solche Unterstellung von Willenserklärungen abzulehnen[227]).

Die Theorie, die dieses Problem durchaus befriedigend löst und den größten Teil der vorkommenden Fälle erfaßt, ist die von Krückmann[228]) begründete sog. „Gefährdungsaufrechnungstheorie". Krückmann geht auf den bekannten Unterschied zwischen Verschuldenshaftung und Gefährdungshaftung zurück. Den Grundgedanken der Verschuldensaufrechnung nach § 254 BGB bei der Verschuldenshaftung verwendet er in entsprechender Umformung bei der Gefährdungshaftung als Gefährdungsaufrechnung. „Wie der Verschuldenshaftung die Verschuldensaufrechnung nach § 254, so entspricht der Gefährdungshaftung die Gefährdungsaufrechnung"[229]). Der Ausschluß der Tierhalterhaftung würde also nur nach deliktsrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen sein. Danach

---

[224]) RG. JW. 27, S. 2211.

[225]) Eine eingehende Darstellung der verschiedenen Theorien findet sich bei Rathey, S. 28 ff.; Wichers, S. 63 ff.

[226]) RG. 65, S. 313; RG. 67, S. 431.

[227]) Oertmann II, S. 1109; RGRK. § 833, 7c; RG. Warn. 09, Nr. 357; JW. 11, S. 28.

[228]) Jher. J. 52, S. 428 ff.; vgl. auch Jher. J. 54, S. 127 ff.; 55, S. 156 ff.; ferner Oertmann II, S. 1107; RG. JW. 08, S. 40.

[229]) Krückmann, Jher. J. 52, S. 466.

liege eine deliktsrechtlich zurechenbare Selbstgefährdung, die zur Gefährdungsaufrechnung führe, dann vor, wenn folgende Voraussetzungen gegeben seien:

1. Der Beschädigte müsse deliktsrechtlich verantwortlich sein (§§ 827, 828 BGB).
2. Die Schädigung müsse aus einer besonderen Gefahr hervorgehen, in die sich der Beschädigte in deliktsrechtlich zurechenbarer Weise begeben habe. Eine solche besondere Gefahr liege vor, wenn jemand z. B. in den Stall gehe, einen Wagen besteige.

Durch diese Gefährdungsaufrechnung sei die ganze Gefährdungshaftung vollständig ausgeschlossen und es bleibe nur die Verschuldenshaftung übrig[230]). Der Vorteil der Theorie Krückmanns gegenüber den anderen Theorien ist, daß es bei der Frage nach dem Ausschluß der Gefährdungshaftung nur auf die Person des Verletzten ankommt. Allerdings versagt sie bei deliktsrechtlich nicht verantwortlichen Personen. Aber sie erfaßt immer noch einen bedeutend größeren Personenkreis als die übrigen Theorien. Ein vollständiger Ausschluß der Gefährdungshaftung des Gefälligen wird nur auf dem Wege der Gesetzgebung möglich sein[231]).

Wenn in dem obigen Beispiel B den Wagen des A besteigt und mitfährt, so entsteht für ihn dadurch eine besondere Gefahr, „die für die anderen Menschen nicht besteht“[232]). Er nimmt die Gefahr, die eine solche Beförderung mit sich bringt, freiwillig auf sich. Wenn er auf der Fahrt verunglückt, hat er den Schaden zu tragen. In diesen Fällen ist also die Gefährdungshaftung des Gefälligen immer ausgeschlossen. Er haftet nur für Verschulden, A also für Vorsatz und Fahrlässigkeit.

---

[230]) Krückmann, Jher. J. 52, S. 466, 467, 468; a. M. Enneccerus I, 2, § 236, Anm. 13.

[231]) Vgl. Rathey, S. 50/51; Wichers, S. 72 ff.

[232]) Krückmann, Jher. J. 52, S. 468.

§ 6.

Schluß.

Wir wir oben gesehen haben, kann die rechtliche Behandlung der im täglichen Leben erwiesenen Gefälligkeiten im konkreten Fall eine sehr verschiedene sein. Um bei der Bezeichnung dieser verschiedenen Gefälligkeitsleistungen Klarheit zu erzielen, wird es sich daher empfehlen, unter dem Ausdruck „Gefälligkeitsverträge" nur eine bestimmte Art von Gefälligkeitsleistungen zu verstehen und zwar im Anschluß an die herrschende Meinung, die dem herrschenden Sprachgebrauch folgt, nur unentgeltliche Verträge, deren Gegenstand eine aus Gefälligkeit erwiesene Leistung bildet, zumal auch nur der Begriff eines unentgeltlichen „Gefälligkeitsvertrages" sachlich nützlich ist. Auch wäre davor zu warnen, beim Vorliegen von Gefälligkeitsleistungen mit der Annahme von schuldrechtlichen Verträgen zu weit zu gehen. Denn oft soll in diesen Fällen nach der Absicht der Parteien gar keine rechtliche Bindung begründet werden, und die Annahme einer solchen Verpflichtung würde hier auch keineswegs der Verkehrsauffassung entsprechen. Das sei besonders gegen die Schriftsteller[233]) hervorgehoben, die eine rechtliche Verpflichtung immer wieder mit den Worten begründen: Ein Mann, ein Wort; was man verspricht, das will man auch halten. Mit diesen Schlagworten wird nichts für die schuldrechtliche Natur der Gefälligkeitsleistungen erwiesen. Man darf nicht rechtliche Verpflichtungen und Verpflichtungen der Sitte und Sittlichkeit verwechseln. Diesen Unterschied scheinen diese Schriftsteller zu übersehen.

---

[233]) Geigel, Bl. f. R. 77, S. 40; Rathey, S. 15; Wichers, S. 26.

Ich möchte diese Arbeit nicht schließen, ohne zuvor Sr. Spektabilität, dem derzeitigen Dekan der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg,

Herrn Geheimrat Professor Dr. Leonhard,

für die freundliche Teilnahme an der Arbeit meinen besonderen Dank auszusprechen.

Lebenslauf.

Als jüngster Sohn des Kaufmannes Alexander Balzereit und seiner Ehefrau Martha geb. Keckstadt, wurde ich am 27. Juni 1904 in Tilsit geboren. Ich bin evangelischen Bekenntnisses. Ostern 1911 wurde ich in die dritte Vorschulklasse des humanistischen Gymnasiums zu Tilsit aufgenommen. Ostern 1923 bestand ich am gleichen Gymnasium die Reifeprüfung unter Befreiung von der mündlichen Prüfung. Anschließend trat ich bei der Direction der Disconto-Gesellschaft Zweigstelle Tilsit als Lehrling ein. Am 1. Januar 1925 wurde ich zur Filiale der gleichen Firma nach Königsberg i. Pr. versetzt, wo ich bis zum 25. September 1925 tätig war. Schon im Sommersemester 1925 hatte ich die Albertus-Universität zu Königsberg i. Pr. bezogen, an der ich vier Semester die Rechte studierte. Vom fünften bis zum achten Semester besuchte ich die Philipps-Universität zu Marburg. Am 22. Dezember 1928 bestand ich am Oberlandesgericht zu Kassel die erste juristische Prüfung. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 23. Mai 1929 ab.